

تأليف الأستاذ الدكتور

وهبة الزحيلي

رئيس قسم الفقه الإسلامي ومذاهبه
بجامعة دمشق - كلية الشريعة

الجزء الثاني



بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

الحمد لله حمداً يوافي نعمه ويكافىء مزيده. والصلاة والسلام على سيدنا محمد خيرته من خلْقه، ومُبلِّغ شرائعه إلى قيام الساعة. وبعد:
فإن المال والعقود الواردة عليه عصب الحياة في كلِّ زمان ومكان، ومنشأ كثير من الصراعات والمنافسات الداخلية والخارجية، وربما كان ذلك سبباً لحروب طاحنة ومنازعات ساخنة مستمرة.

والطمع والجشع الإنساني هو وراء كلّ تلك الأحداث والخلافات، مما أدى إلى كثرة المحاكمات، وشغل ساحات القضاء بأنواع متعددة من القضايا المالية، وظهور مشكلات العقود الناشئة عند التنفيذ أو التطبيق لأيّ نظام، بسبب الجهل أحياناً، أو سوء النيّة أحياناً أخرى، أوالحرص على تحقيق النفع الخاص على حساب الآخرين في الكثير الغالب.

والعاصم من الوقوع في المنازعات شيئان: الوازع الديني الناجم عن سلامة العقيدة وصحة العبادة، وتنظيم المعاملات والعقود على منهج ربّاني يبغي الخير المجرد، وتحقيق المصالح للناس. ودفع المضار والمفاسد عنهم، وإبعاد المتعاقدين من الوقوع في الخلاف والنزاع والشرور والآثام.

ومصدر هذا التنظيم هو شرع الله ودينه المتمثل في القرآن الكريم الذي وضع أصول التعامل ومبادئه العامة، وفي السّنة النبوية الصحيحة التي أوضحت تلك الأصول، وفصّلت تلك المبادىء على أحكم وجه،

وأتم وضع، وأقوم طريق يقوم على أساس العدالة والمساواة، وإنصاف أطراف التعاقد، ومراعاة مبدأ «التعادل في التبادل» أو في «الأداءات» فبمقدار ما يعطي الإنسان يأخذ مقابله دون جور أو ظلم، ودون استغلال أو إكراه مادي أو معنوي أدبي؛ لأن التراضي أساس التعاقد، والرضا السليم عن العيوب هو الذي يقوم عليه العقد الصحيح الذي يقره الشرع ويرتب عليه أحكامه وآثاره، وينشىء الالتزامات المتقابلة بين أطراف العقد، من غير تورط في ارتكاب الحرام أوالمعصية، قال عمر رضي الله عنه: «لا يبيع في سوقنا إلا من تفقه، وإلا أكل الرِّبا، شاء أم أبى».

لكل هذا تبدو الأهمية الكبرى لمعرفة أحكام الشريعة الإسلامية في نطاق المعاملات، وتزداد الأهمية في وقت اقتصر فيه المسلمون على أداء العبادات، وإهمال أحكام الشريعة في العقود والمبادلات، متناسين قول الله تبارك وتعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1] وقوله سبحانه: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ [النساء: 29] ويلاحظ ما اشتملت عليه الآية من الجمع بين أمرين متلازمين: هما أكل الأموال بالباطل، والاقتتال أو قتل الناس بعضهم بعضاً الذي ينشأ غالباً عن الأمر الأول، الناجم عن فقدان الرضا الحقيقي في العقد، والنبي ﷺ يقول فيما أخرجه ابن ماجه عن أبي سعيد الخدري: «إنما البيع عن تراض» وهو حديث حسن.

والمنهج كما هو في الجزء السابق بيان الأحكام الشرعية والفقهية على أساس مذهب الإمام مالك مع الإرشاد لأهم الأحكام في المذاهب الأخرى.

أسأل الله تعالى التوفيق وتحقيق النفع في بيان أحكام المعاملات في الشريعة الإسلامية، فهو سبحانه أكرم مسؤول وأعظم معين.

وبحث المعاملات يتناول الفصول الإحدى والعشرين التالية:

1 ـ البيوع. 2 ـ الإجارة والجعالة. 3 ـ القرض.
4 ـ الوكالة. 5 ـ الرهن. 7 ـ الكفالة.
7 ـ الحوالة. 8 ـ الصلح. 9 ـ الشركة.
10 ـ المضاربة. 11 ـ المزارعة والمساقاة والمغارسة.
12 ـ إحياء الموات. 13 ـ الهبة. 14 ـ الوديعة أو الإيداع.
15 ـ العارية أو الإعارة.
16 ـ التفليس. 17 ـ الحجر. 18 ـ الغصب والتعدي.
19 ـ القسمة. 20 ـ الشفعة. 21 ـ اللقطة واللقيط.

* * *

الفَصلُ الأوَّلُ
البُيُوع وأنوعُهَا

بيع الرقبة (ذات الشيء) معناه ومشروعيته، وأركانه، وشروطه، وضمان المبيع، وأنواع البيع الصحيحة والفاسدة وحكم كلّ نوع، البيوع الممنوعة كالربا، الخيارات، أقسام البيع، البيوع الجائزة المستقلة باسم خاص (السلَم، الاستصناع، الصرف، بيوع الأمانة، المرابحة، والتولية، والوضيعة، الإقالة). الإجارة (بيع المنفعة).

البيع

المكاسب وأنواعها:

أوجب الإسلام أن يكون مكسب المسلم طيباً حلالاً مباركاً فيه، بعيداً عن الشبهات، خالياً من الحرام، قائماً على أساس النفع والمصلحة الذاتية ومصلحة الأمة قاطبة، فلا يعمل ما فيه ضرر أو مفسدة، أو يعطل الإنتاج المفيد، أو يعارض المصلحة العامة، أو يؤدي إلى المنازعة والخصومة أو يتصادم مع مراد الشرع ونظامه. ومن أهم المكاسب: ما كان بالبيع أوالتجارة.

أخرج البزّار وصححه الحاكم عن رفاعة بن رافع أن النبي ﷺ سُئِل: أيّ الكسب أطيب؟ قال: «عمل الرجل بيده، وكل عمل مبرور».

فالكسب الطيب، أي: الحلال المبارك: هو عمل الرجل بيده كالصنعة، والحرفة، والمهنة، وكلٌ بيع مبرور، أي: خالٍ من الحرام والغش، وهو التجارة التي فيها تسعة أعشار الرزق. قال النووي رحمه الله: والصواب أن أطيب المكاسب: ما كان بعمل اليد، وإن كان زراعة فهو أطيب المكاسب، لما يشتمل عليه من كونه عمل اليد، ولما فيه من التوكل، ولما فيه من النفع العام للآدمي وللدواب والطير[1].

وأخرج البخاري من حديث المقدام مرفوعاً: «ما أكل أحد طعاماً قط خيراً من أن يأكل من عمل يده، وإنَّ نبي الله داود كان يأكل من عمل يده».

---

(1) سبل السلام" 3/5، ط البابي الحلبي.

وكل من عمل اليد والبيع المبرورين يجب أن يكون في دائرة العمل الحلال، أخرجه الطبراني والديلمي عن عليّ كرّم الله وجهه: أن النبي ﷺ قال «إن الله تعالى يحب أن يرى عبده» يعني: في طلب الحلال.

وأخرج الطبراني أيضاً عن مالك بن أنس رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ قال: «طلب الحلال واجب على كلُّ مسلم».

وأصول المكاسب نوعان: كسب بغير عوض، وكسب بعوض. أما الكسب بغير عوض فأربعة أنواع:

الأول ـ الميراث: فإن كان كسب الميت من حلال فهو حلال للوارث إجماعاً، وإن كان كسبه من الحرام، فاختلف فيه العلماء: هل يحل للوارث أو لا؟

الثاني ـ الغنيمة: وهي ما يؤول إلى المسلمين من أموال الكفار بالجهاد، وهو أشرف المكاسب لما فيه من إعلاء كلمة الله تعالى. وهو داخل في كسب اليد.

الثالث ـ العطايا: كالهبة، والوصية، والوقف، والصدقة، والزكاة.

الرابع: ما لم يتملكه أحد من المباحات: كالحطب والحشيش، والصيد، وإحياء الموات.

وأما الكسب بعوض فأربعة أنواع أيضاً: عوض عن مال كالبيع، وعوض عن عمل كالإجارة، وعوض عن فرج (متعة) كالصداق أو المهر، وعوض عن جناية كالديات[1].

وأسباب الملكية نوعان: اختياري، وجبري. والاختياري: هو مايصدر عن إرادة الإنسان ورغبته كعقود البيع، والهبة، والوصية،

---

(1) القوانين الفقهية: ص 248.

والجبري غير الاختياري: هو ما يثبت بحكم الشرع من غير أن يكون للإنسان دخل فيه كالميراث، فهو خلافة جبرية بحكم الشرع لا دخل للمورث ولا للوارث فيه، لذا يقال: الإرث حق جبري.

وكل من الميراث والوصية يرد على مال الإنسان بعد وفاته، فيخلف الوارث مورثه في تركته، ويخلف الموصى له فيما أوصي له به، لكن الخلافة في الإرث جبرية، وفي الوصية اختيارية تثبت بإرادة الموصي وقبول الموصى له.

معنى البيع ومشروعيته:

البيع لغة: هو المبادلة. ولفظ البيع والشراء من أسماء الأضداد، أي: التي تطلق على الشيء وعلى ضده، فيطلق كل منهما على ما يطلق عليه الآخر، فهما من الألفاظ المشتركة بين المعاني المتضادة، يقال: باع السلعة أو شراها: إذا عقد العاقد على تملكيها أو تملكها بعوض، وكلٌ من طرفي العقد يسمى في أصل اللغة بائعاً، وبَيِّعاً، وشارياً، ومشترياً، قال الله تعالى: ﴿ وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ ﴾ [يوسف: 20] أي: باعوه، وقال عز وجل: ﴿ وَلَبِئْسَ مَا شَرَوْا بِهِ أَنْفُسَهُمْ ﴾ [البقرة: 102] أي: باعوها. لكن الفقهاء في التعامل خصصوا استعمال لفظ البيع في التمليك أو الإخراج من الذمة، ولفظ الشراء في التملك أو الإدخال في الذمة، وهي لغة قريش.

البيع في اصطلاح فقهاء المالكية بالمعنى الأعم، أي: الشامل للسلم والصرف والمراطلة وهبة الثواب[1]: هو عقد معاوضة على غير

---

(1) السلم أوالسلف: بيع شيء موصوف في الذمة أو بيع آجل بعاجل، والصرف: بيع النقد بالنقد كالذهب بالفضة، فإن كان بيع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة بالوزن يقال له: مراطلة، وإن كان بالعدد يقال له: مبادلة. وهبة الثواب: هي الهبة بعوض.

منافع. فخرج بلفظ «المعاوضة» التي هي مفاعلة ومبادلة من طرفي العقد: الهبة والوصية، وخرج بلفظ «على غير المنافع» النكاح والإجارة.

وتعريفه بالمعنى الأخص: عقد معاوضة على غير منافع، ذو مكايسة، أحدُ عوضيه غير ذهب ولا فضة، معيَّن، غير العين فيه[1]. والمكايسة: المغالبة، خرج بها هبة الثواب، والتولية، والشركة، والإقالة، والأخذ بالشفعة، وهذه لا مغالبة فيها، وخرج بعبارة «أحد عوضيه غير الذهب ولا فضة»: الصرف والمراطلة، بأن يكون كل من العوضين غير ذهب ولا فضة.

وخرج بكلمة «معين غير العين فيه» السَّلَم: هو بيع شيء يكون ديناً في الذمة، والمراد بالمعين: ما ليس في الذمة، فيشمل بيع العين الغائبة بالصفة. وغير العين في السلم: هوالمُسْلَم فيه، وشرطه كونه ديناً في الذمة. والمراد بالعين: الثمن وإن لم يكن عيناً، أي ذهباً وفضة. والمراد: لابد من تعيين المبيع، وكونه غير مسلم فيه.

وعرَّفه غير المالكية بأنه: مبادلة المال بالمال تمليكاً وتملكاً، وهذه عبارة الحنابلة، وبدون الكلمة الأخيرة عند الشافعية، وعبارة الحنفية: مبادلة مال بمال على وجه مخصوص[2].

والبيع مشروع بالقرآن والسنة والإجماع.

قال الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟﴾ [البقرة: 275] ﴿وَأَشْهِدُوٓا۟ إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: 282] ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ

---

(1) الشرح الصغير: 3/ 12، شرح الرسالة لابن أبي زيد القيراوني: 2/ 102.
(2) البدائع 5/ 133، مغني المحتاج 2/ 2، المغني 3/ 559.

مِنكُمْ﴾ [النساء: 29] ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُواْ فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ﴾ [البقرة: 198].

وسئل النبي ﷺ فيما يرويه البزّار، وصحّحه الحاكم عن رفاعة بن رافع: أيّ الكسب أطيب؟ فقال: «عمل الرجل بيده، وكل بيع مبرور» أي: لا غش فيه ولا خيانة.

وأخرج البيهقي، وابن ماجه، عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ قال: إنما البيع عن تراض».

وأخرج الترمذي أن النبي ﷺ قال: «التاجر الصدوق الأمين مع النبيين والصديقين والشهداء».

وأجمعت الأمة على مشروعية البيع لحاجة الناس إليه.

وحكمة مشروعيته: مراعاة حاجة الناس إليه؛ لأن حاجة الإنسان تتعلق بما في يد غيره، وصاحب الشيء لا يبذله عادة إلا بعوض، فشرع البيع لتحقيق تبادل السلع والأشياء بطريق الرضا وعلى نحو جائز من غير حرج. والشرع: هو المهمين على نظام التعاقد، فهو الذي يقرر ترتيب حكمه أو أثره، وهو نقل ملكية المبيع للمشتري، واستحقاق الثمن في ذمة المشتري للبائع ، فيتمكن حنيئذ كلٌّ منهما من التصرف بما ملكه بحرية مطلقة وسلطة تامة.

أركـان البيـع:

ركن الشيء عند الجمهور : ما يتوقف عليه وجوده أو حقيقته، وحقيقة البيع تتوقف على ثلاثة أشياء: عاقد من بائع ومشتر، ومعقود عليه من ثمن ومثمن، وصيغة من قول أو فعل يقتضي الإيجاب والقبول. وهكذا تتعدد أركان العقود عند الجمهور، والركن عند الحنفية: ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان جزءاً داخلاً في حقيقته، فيكون للبيع وكل عقد بهذا المعنى ركن واحد وهو الإيجاب والقبول فقط.

والإيجاب عند الجمهور غير الحنفية: هو ما صدر ممن يكون منه التمليك، وإن جاء متأخراً. والقبول: هو ماصدر ممن يصير له الملك وإن صدر أولاً[1] والإيجاب عند الحنفية: هو ما صدر أولاً من أحد المتعاقدين، والقبول: هو ماصدر ثانياً.

صيغة التعاقد:

الكلام في صيغة التعاقد يتناول جوانب ثلاثة هي:
ألفاظ الصيغة وما في حكمها. وصفة العقد بعد الإيجاب والقبول، وشروط الإيجاب والقبول.

وصيغة العقد: هي صورته التي يقوم بها من إيجاب وقبول إن كان العقد التزاماً بين طرفين كالبيع والهبة، أو إيجاب فقط إن كان التزاماً من جانب واحد كالجعالة (أوالوعد بالجائزة).

ومدار وجود العقد وتحققه: هو صدور ما يدل على التراضي من كلا الجانبين بإنشاء التزام بينهما. ويعبر القانونيون عن صيغة العقد باصطلاح «التعبير عن الإرادة».

ألفاظ الصيغة وما في حكمها:

يشترط في صيغة العقد: أن يكون صدورها من المتعاقدين بطريق يعتبره الشارع. وطريق اعتبار الشارع في رأي المالكية في البيع: أن البيع ينعقد بكلٍّ لفظ يدل على الرضا من قول أو كتابة أو إشارة مفهمة، وإن حصل الرضا بمعاطاة: وهي أن يأخذ المشتري المبيع ويدفع للبائع الثمن، أو يدفع البائع المبيع، فيدفع له الآخر ثمنه، من غير تكلم ولا إشارة، ولو في غير المحقرات من عظائم الأموال[2] فينعقد البيع

(1) شرح المنهج للشيخ زكريا الأنصاري 2/180، كشاف القناع 3/2.
(2) مواهب الجليل للحطاب 4/228-240، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه 3/42.

بالقول أو بالفعل من كلّ ما دل على الرضا في العرف والعادة.

وألفاظ البيع: إما لفظ الماضي مثل قول البائع: بعت وأعطيت وملّكت بكذا وشبه ذلك. وقول المشتري: اشتريت وتملكت وابتعت وقبلت وشبه ذلك. والماضي لماكان دالاً على الرضا في الحال عرفاً من غير احتمال آخر، انعقد البيع به اتفاقاً من غير نزاع.

أو لفظ المضارع: مثل أبيع، وأعطي، وأشتري بكذا؛ لأن لفظ المضارع يدل على الحال في اللغة. ويؤيده عرف الناس واستعمالاتهم لمنع إرادة المستقبل، ويلزم به البيع ما لم يحلف المتكلم أنه لم يرد البيع وأنه لم يرض به.

أو لفظ الأمر أو الاستدعاء مثل قول البائع: اشتر السلعة مني أو خذها بكذا، ويقول المشتري: اشتريت ونحوه، أو يقول المشتري أولاً: بعني السلعة بكذا، فيقول البائع: بعتك، لأن أساس العقد هوالتراضي، ولفظ الإيجاب والقبول وجد منهما على وجه تحصل منه الدلالة على تراضيهما به عرفاً، سواء تقدم الإيجاب في الكلام أو القبول.

أو لفظ الاستفهام مثل قول المشتري: أتبيع سلعتك بكذا؟ فقال له البائع: نعم أو بعتكها، ويلزم البيع بقرينة وجود المماكسة أو المساومة. فإن لم تقم قرينة على إرادة البيع، يحلف البائع على المعتمد لدى المالكية على عدم إرادة البيع.

وألفاظ أخرى ليس فيها التصريح بالبيع، مثل: دونكها بعشرة، وبورك لك فيها، أو سلّمتها إليك، فهي مثل قوله: خذها بعشرة.

ويلاحظ أمران: الأول: أنه لا يشترط في انعقاد البيع أن يتقدم ما يدل على الإيجاب من البائع على ما يدل على الرضا من المشتري.

والثاني: أن المعتبر في الأقوال كلها كونها دالة على الرضا في

العرف، ولو كانت في أصل اللغة دالة على غير ذلك، أو فيها احتمال لذلك ولغيره، فإن قول المشتري لمن بيده سلعة: «بعني سلعتك بعشرة» لا يدل صريحاً على إيجاب البيع من جهة المشتري؛ لأنه إما آمر للبائع أن يبيعه أو ملتمس منه ذلك. ويحتمل أن يكون راضياً به أو غير راض به، لكن العرف دال على أن قائل ذلك طالب ومريد للبيع وراض به؛ لأن «بعني» صريح في أمر المشتري للبائع بالبيع، واستدعائه منه وطلبه له، وإرادته إياه، فإذا أجابه البائع بما يريد، فقد تم له ما أراده من وجود البيع.

وأما بيع المعاطاة القائم على الفعل لا القول من كلا الجانبين أو من أحدهما وهي المناولة: فهو مشروع عند المالكية، والحنفية، والحنابلة (الجمهور) متى كان هذا معتاداً دالاً على الرضا ومعبراً تماماً عن إرادة كل من المتعاقدين، والبيع يصح بكلٍّ ما يدل على الرضا، ولأن الناس يتبايعون في أسواقهم بالمعاطاة في كلِّ عصر ولم ينقل إنكاره عن أحد، والقرينة كافية في الدلالة على الرضا. وهذا هوالراجح لدي، لكن لا بد للزوم العقد بالمعاطاة من قبض الثمن والمبيع من الجانبين، ولا يلزم بها البيع من جانب واحد.

ولم يصحح متقدمو الشافعية بيع المعاطاة، سواء أكان المبيع نفيساً أم حقيراً؛ لأن الرسول ﷺ قال: «إنما البيع عن تراض» والرضا أمر خفي، فاعتبرما يدل عليه من اللفظ. واختار جماعة من الشافعية كالنووي، والبغوي، والمتولي صحة بيع المعاطاة في كل ما يعده الناس بها بيعاً؛ لأنه لم يثبت اشتراط لفظ، فيرجع للعرف كسائر الألفاظ المطلقة، قال النووي: وهذا هو المختار للفتوى.

ولكن أجمع الفقهاء على أن الزواج لا ينعقد بالفعل، بل لا بد من القول للقادر عليه لخطره، فكان لا بد من الاحتياط له، وإتمامه بأقوى الدلالات على الإدارة وهو القول.

صفة عقد البيع:

يرى المالكية والحنفية: أن البيع يلزم بمجرد الإيجاب والقبول؛ لأنه عقد معاوضة، يلزم بمجرد تمام لفظ البيع والشراء، ولا يحتاج إلى خيار مجلس، لقول عمر رضي الله عنه: «البيع صفقة أو خيار» ولأن الله تعالى أمر بالوفاء بالعقود بقوله: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1] وقوله: ﴿إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: 29][1].

وذهب الشافعية والحنابلة إلى إثبات «خيار المجلس» في البيع، فما دام العاقدان في المجلس يقع العقد غير لازم، ويكون لكلٍّ من الطرفين الخيار في فسخ البيع أو إمضائه، ما داما مجتمعين لم يتفرقا أو يتخايرا، ويعتبر في تحديد معنى التفرق: العرف، وهو أن يتفرقا ببدنهما عن مقامهما الذي تبايعا فيه. والتفرق بالأبدان: هو التفرق حقيقة؛ لأنه هو المحقق للفائدة. ودليلهم حديث الشيخين وغيرهما عن ابن عمر وغيره: «البيّعان بالخيار ما لم يتفرقا، أو يقول أحدهما للآخر: اختر» أي اختر اللزوم[2]. وتأول الفريق الأول المراد بالتفرق: التفرق بالأقوال: وهو أن يقول العاقد بعد الإيجاب: لا أشتري، أو يرجع الموجب قبل القبول، فيكون الخيار قبل القبول ثابتاً، لكن يلاحظ أن هذا المعنى مفهوم ومقرر بمقتضى الأصل العام في الأشياء وهو حرية الإنسان بالقبول وعدمه بعد توجيه الإيجاب له، ولا يجعل هذا التأويل لمعنى الحديث أيّ فائدة، وهو تأويل يبطل فائدة الحديث، وأما معنى قول عمر: «البيع صفقة أو خيار» فهو تقسيم البيع لما فيه خيار شرط وما ليس فيه خيار شرط. وانتُقد رأي الفريق الثاني بأنه يضعف القوة الملزمة للتعاقد.

---

(1) المنتقى على الموطأ 55/5، حاشيته الدسوقي 81/3، وفتح القدير 78/5.
(2) المهذب 157/1، غاية المنتهى 30/2.

شروط الإيجاب والقبول:

يشترط في الإيجاب والقبول شروط ستة:

1 ـ تطابق أو توافق القبول مع الإيجاب: بأن يرد القبول على كل ما أوجبه البائع وبما أوجبه، فإذا قال رجل لغيره: بعتك هذه الدار بألف دينار، فقال المشتري: قبلت هذه السيارة بألف، أو قبلت الشراء بتسعمائة، لم ينعقد العقد، لعدم تطابق القبول مع الإيجاب. وكذا إذا قال البائع: بعتك السلعة بثمن حالّ نقدي، فقبل المشتري بثمن مؤجل أو مقسَّط، لم ينعقد البيع أيضاً، لعدم وجود التوافق في صفة الثمن لا في قدره.

أما لو قبل المشتري بأكثر مما طلب البائع، فالبيع ينعقد؛ لأن القابل بالأكثر قابل بالأقل، غير أنه لا يلزم بالثمن الذي طلبه البائع.

2 ـ اتحاد مجلس العقد: بأن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد، بأن يكون الطرفان حاضرين معاً، أو في مجلس علم الطرف الغائب بالإيجاب. ولا يضر عند المالكية في البيع الفصل بين الإيجاب والقبول، إلا أن يخرج عن البيع لغيره عرفاً. وللبائع إلزام المشتري في المزايدة ولو طال الفصل، حيث لم يجر عرف بعدمه[1].

ومجلس العقد: هو الذي يجمع متفرقات العقد، أو هو الحال القائمة في التعاقد، سواء تم التعاقد بما يدل على الرضا بالقول لغة وعُرفاً: كبعت واشتريت وغيره من الأقوال، أو يدل على ذلك لغة، كالكتابة والإشارة والمعاطاة من الجانبين أو من أحدهما، كما تقدم بيانه. والإشارة من الأخرس وغيره ينعقد بها البيع، قال الباجي: كل

---

(1) حاشية الصاوي على الشرح الصغير 17/3.

إشارة فهم منها الإيجاب والقبول، لزم بها البيع وسائر العقود[1].

ولا يشترط كون القبول فورياً في الحال عند الجمهور غير الشافعية، وإنما يشترط عدم وجود الفاصل بينه وبين الإيجاب، بأن لا يفصل بينهما فاصل كثير أو طويل، فإن كان الفاصل يسيراً صح العقد.

3 ـ وضوح دلالة الإيجاب والقبول: بأن يكون كلٌّ من الإيجاب والقبول واضح الدلالة على مراد العاقدين، بأن تكون مادة اللفظ المستعمل فيهما في كل عقد واضح الدلالة لغة أو عرفاً على نوع العقد المقصود للعاقدين؛ لأن الإرادة الباطنة أو الرضا أمر خفي، فلا بد من دليل واضح يدل عليها حتى يتسنى إلزام العاقدين بمقتضى كلامهما.

4 ـ ألا يصدر من أحد العاقدين ما يدل على إعراضه عن العقد: بأن يكون الكلام في موضوع التعاقد، وألا يتخلله فصل بكلام أجنبي ونحوه يعدّ قرينة على الإعراض عن العقد، كمشي الموجب ثلاث خطوات فأكثر، أو تركه المجلس، أو انشغاله بموضوع آخر لا يتعلق بالعقد، فإن صدر منه ما يدل على الإعراض قبل قبول الآخر، بطل الإيجاب.

والذي يغيّر مجلس العقد: هو ما يدل على ذلك بحسب العُرف والعادة عند الفقهاء بالاتفاق.

5 ـ يشترط عند غير المالكية: ألا يرجع الموجب في إيجابه قبل قبول القابل، فإن عدل عن إيجابه، لم يصح القبول، وقال أكثر المالكية: ليس للموجب الرجوع عن إيجابه، وإنما يلتزم بالبقاء حتى يعرض الطرف الآخر عنه، أو يتغير المجلس؛ لأن الموجب قد أثبت للطرف الآخر حق القبول والتملك، فله استعماله وله رفضه، فإذا قبل ثبت العقد، وإذا أعرض عن الإيجاب لم ينشأ العقد، وعليه، لا يكون

(1) مواهب الجليل 229/3.

الرجوع مبطلاً للإيجاب عندهم، فيكون الشرط لديهم: بقاء الموجب على إيجابه دون رجوع.

وإذا حدد الموجب للطرف الآخر مدة للقبول، التزم بها عند المالكية، كأن يقول: أنا على إيجابي مدة يومين مثلاً، فيلزمه هذا التقييد ولو انتهى المجلس، عملاً بالحديث الذي أخرجه الترمذي عن عمرو بن عوف: «المسلمون على شروطهم» وهذا شرط لا ينافي مقتضى العقد[1].

6 ـ أن يكون العقد منجزاً إذا كان من عقود المعارضات كالبيع والزواج؛ لأن هذه العقود تفيد التمليك أوالتنجيز في الحال، ولا تقبل التأجيل. ويترتب على هذا الشرط أن التمليكات المالية ما عدا الوصية كالبيع والإجارة، والمبادلات غير المالية كالزواج والخلع لا يصح تعليقها على شرط، مثل: بعتك الكتاب إن نجحت في الامتحان، وتزوجتك إن ربحت في الصفقة المالية كذا؛ لأنه لا بد من تحقق أثرها في الحال.

ولا يصح أيضاً إضافة عقود التمليك كالبيع، وعقد الاستمتاع الشرعي وهو الزواج، إلى وقت في المستقبل؛ لأنها تتطلب شرعاً التنجيز وثبوت آثارها في الحال، فإذا أضيفت للمستقبل تأخرت آثارها عنها، وذلك ينافي أصل وضعها الشرعي؛ لأن البيع يفيد نقل الملكية في الحال، والزواج يفيد حل الاستمتاع حالاً، فلا يصح تأخير الأثر عنهما. فلو قال امرؤ لآخر: بعتك هذه السيارة ابتداء من الشهر القادم، أو قال لامرأة: تزوجتك بدءاً من مطلع العام القادم، لم يصح العقد.

لكن يصح إضافة العقود الواردة على المنافع إلى المستقبل، كالإيجار، والإعارة، والمزارعة، والمساقاة، فلو قال شخص: آجرتك

(1) مواهب الجليل241/4.

هذه الدار من مطلع الشهر القادم، صح العقد.

شروط البيع:

للبيع في اصطلاح جمهور الفقهاء شروط صحة أو انعقاد، وشروط لزوم، وتشترط تلك الشروط إما في العاقد أو في المعقود عليه أو في الصيغة.

شروط الانعقاد أو الصحة:

يسمي بعض الفقهاء هذه الشروط شروط انعقاد، وبعضهم يسميها شروط صحة، وهي شرط واحد في العاقد، وخمسة شروط في المعقود عليه، فصار مجموعها ستة شروط وهي ما يلي[1]:

1 ـ أن يكون العاقد مميّزاً، سواء أكان بائعاً أم مشترياً: وهو شرط عند الجمهور، وقال الشافعي: لا يصح البيع إلا إذا كان العاقد بالغاً. فلا ينعقد بيع غير المميز بسبب الصغر أو الجنون أو السكْر بالاتفاق، لأنه فاقد الأهلية، وينعقد بيع المميز عند الجمهور موقوفاً نفاذه على إجازة وليه. ولا ينعقد عند الشافعية ولو أذن له الولي.

والمميز: هوالذي يفهم الكلام، ويحسن الجواب، ويميز بين الخير والشر وبين النافع والضار، وهو من بلغ سبع سنوات.

2 ـ أن يكون المعقود عليه من ثمن ومثمَّن طاهراً: فلا يصح بيع النجس والمتنجس، كالدم، والميتة، والخمر، والخنزير، والمشهور لدى المالكية منع بيع العاج والزبل والزيت المتنجس مطلقاً، وأجاز ابن وهب ذلك البيع، فمن رأى أن عاج الفيل ناب جعله كالميتة، ومن رأى

---

(1) الشرح الصغير 17/3 وما بعدها. 30 وما بعدها، الشرح الكبير 10/3 وما بعدها، القوانين الفقهية: ص 245 وما بعدها، بداية المجتهد 125/2-127، 168-171.

أنه قرن معكوس جعل حكمه حكم القرن. والذي عليه العمل عند المالكية جواز بيع الزبل والعذِرة للضرورة، وأجاز أبو حنيفة أيضاً بيع السرجين (الزبل) والبعر؛ لأنه منتفع به، لأنه يلقى في الأرض لاستكثار الريع، فكان مالاً، ولأن أهل الأمصار كانوا يتبايعونه لزرعهم. كما أجاز الحنفية بيع المتنجس والانتفاع به في غير الأكل كالدبغ والدهان والاستضاءة به في غير المسجد، ما عدا دهن الميتة، فإنه لا يحل الانتفاع به. وأجاز الحنابلة بيع السرجين كروث الحمام وروث كلّ ما يؤكل لحمه.

أما إذا كان المتنجس قابلاً للتطهير كالثوب المتنجس، فيصح بيعه اتفاقاً، ويجب عند المالكية بيان النجاسة؛ لأنها عيب يكره في ذاته، فإن لم يبين البائع النجاسة، ثبت للمشتري الخيار.

ودليل عدم صحة بيع الخمر والخنزير والميتة: حديث جابر الذي رواه أصحاب الكتب الستة، والموطأ، وأحمد، قال: قال رسول الله ﷺ: «إنَّ الله ورسوله حرَّما بيع الخمر، والميتة، والخنزير، والأصنام، فقيل: يا رسول الله، أرأيت شحوم الميتة، فإنه يطلى بها السفن، وتدهن بها الجلود، ويستصبح بها الناس؟ فقال: لا، هو حرام، ثم قال رسول الله: قاتل الله اليهود، إن الله تعالى لما حرم عليهم شحومها جملوه ـ أذابوه ـ ثم باعوه، فأكلوا ثمنه».

وقال في الخمر فيما يرويه مسلم، والموطأ، والنسائي عن ابن عبَّاس: «إنَّ الذي حرَّم شربها حرم بيعها».

3 ـ أن المعقود عليه غير منهي عنه شرعاً: فلا يصح بيع الميتة والدم وما لم يقبض، للنهي الثابت في السُّنة عن بيع هذه الأشياء. ولا يصح بيع ما ورد نهي خاص عن بيعه ككلب صيد أو حراسة عند الجمهور؛ لما رواه أصحاب الكتب الستة، وأحمد عن أبي مسعود الأنصاري، قال: «نهى النَّبي ﷺ عن ثمن الكلب، ومهر البغي، وحلوان الكاهن».

وقال سُحنون: أبيعه وأحج بثمنه. وأباح الحنفية بيعه، والانتفاع به.

4 ـ أن يكون المبيع منتفعاً به شرعاً: فلا يصح مالا يجوز الانتفاع به شرعاً كآلات الملاهي والحيَّات والعقارب، والدود (أوخشاش الأرض) الذي لا نفع فيه، لأنه لا نفع فيها يقابل بالمال. وأما ما فيه نفع كدود الحرير ودود طُعم السمك، فيجوز بيعه.

ولا يصح لدى المالكية أن يباع الحيوان الذي بلغ السياق. أي: نُزع الروح، بحيث لا يدرك بذكاة، لو كان مباح الأكل لعدم الانتفاع به، وجاز عندهم بيع هرّ للجلد وغيره كاصطياد الفأرة، وبيع سبع للجلد، وكره بيعهما للحم، لكراهة أكل لحمهما.

5 ـ أن يكون المبيع مقدوراً على تسليمه: فلا يصح بيع الآبق (الهارب) والحيوان الشارد، والطير في الهواء، والسمك في الماء، لعدم القدرة على تسليمه، ولما رواه أحمد عن ابن مسعود قال: «لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرر» وقد روي ذلك عن عمران بن الحصين مرفوعاً. أما لو علم محله وصفته، وكان معدّاً لصاحبه ليأخذه، جاز بيعه على الرؤية المتقدمة على الصفة كالغائب.

ولا يصح لدى المالكية بيع مغصوب، لعدم قدرة البائع على تسليمه، إذ يتوقف تسليمه على خصومة الغاصب، أي: رفع الأمر للحاكم ووجود النزاع، إلا إذا باعه المالك من غاصبه، فيجوز بيعه إن رده الغاصب بالفعل أو عزم على رده لصاحبه، فإن لم يعزم على رده لمالكه، لم يجز بيعه له، أي: لم يلزم البيع، وإن صحَّ؛ لأنه مقهور على بيعه منه.

6 ـ أن يكون المعقود عليه معلوماً للعاقدين عيناً (ذاتاً) ومقداراً وصفة: فلا يصح بيع المجهول، كبيع أحد شيئين بيعاً لازماً للجهل بعين المبيع، وبيع السلعة بسعرها في السوق غداً للجهل بقدر الثمن، وبيع

شيء في وعاء لا يعرف قدره للجهل بكمية المبيع وقدره، وبيع رطل من لحم شاة قبل ذبحها أو سلخها بيعاً لازماً، للجهل بصفة اللحم بعد السلخ، فإن كان البيع على الخيار، أو بعد السلخ، أو كان مشتري الرطل هو البائع ، ووقع الشراء عقب البيع، فإنه يجوز لعلم البائع بصفة لحم شاته.

ويصح بيع صُبرة قمح كلّ صاع بكذا، لأنه لا يضر جهل الجملة مع علم التفصيل.

والجهالة المانعة من صحة العقد: هي الجهالة الفاحشة: وهي التي تفضي إلى المنازعة، كبيع شاة من قطيع، أو ثوب من جملة أثواب، لوجود التفاوت الفاحش بين شاة وشاة وثوب وثوب. أما إذا كانت الجهالة يسيرة: وهي التي لا تفضي إلى المنازعة، كبيع أحد هذين الشيئين بكذا مع الخيار، أي: خيارالتعيين، فيصح البيع لتفويض الخيار للمشتري.

ويجوز بيع الجُزاف عند المالكية بشرطين:

أحدهما ـ أن يكون مما يكال أو يوزن: كالطعام (القمح) وشبهه، ولا يجوز فيما له خطورة وأهمية، وتعتبر آحاده كالثياب والجواهر، ولا فيما يباع بالعدد كالمواشي.

الثاني: أن يستوي البائع والمشتري في العلم بمقداره وفي الجهل به.

شروط اللزوم:

يشترط للزوم البيع ستة شروط، خمسة منها في العاقد، وواحد في المعقود عليه، وهي مايأتي[1]:

---

(1) الشرح الصغير: 18/3 وما بعدها، 25-26، 35، الشرح الكبير: 5/3 وما =

1 ـ أن يكون العاقد بالغاً: فلا يلزم بيع الصبي المميز، وإن صح، ما لم يكن وكيلاً عن مكلف (بالغ عاقل) وإلا لزم؛ لأن البيع في الحقيقة من الموكل. ويكون بيع المميز موقوفاً على إجازة وليه؛ لأن المدار في التصرف على إذن الولي، لا على الصبي، فصح البيع غير نافذ. وهذا مذهب الحنفية، والمالكية، والحنابلة[1]. وقال الشافعية: لا يصح بيع غير البالغ وإن كان مميزاً، ولو أذن له وليه؛ لعدم أهليته، فيكون البلوغ شرط صحة عند الشافعية، لا شرط لزوم[2].

2 ـ أن يكون العاقد رشيداً: فيكون بيع المحجور لسفه أو إفلاس صحيحاً غير لازم ولا نافذ، ويتوقف البيع والشراء على إجازة الولي ونظره؛ لأن البيع متردد بين النفع والضرر، فيكون موقوفاً على الإجازة، وهذا في المذاهب الثلاثة.

وقال الشافعية: هذا البيع غير صحيح، فيكون رشد العاقد شرط صحة، لا شرط لزوم عند الشافعية.

3 ـ أن يكون العاقد مختاراً: وهذا مذهب الحنفية والمالكية، فيكون بيع المكره إكراهاً بغير حق صحيحاً غير لازم عند المالكية، أي إن البيع حال الإكراه بغير حق يصح ولا يلزم. وفاسداً عند جمهور الحنفية، لأن الإكراه يزيل الرضا الذي هو شرط في صحة العقود، وموقوفاً غير نافذ كعقد الفضولي عند زفر؛ لأن الإكراه إنما يخل بمصلحة المستكره، فيكفي لحمايته جعل العقد موقوف النفاذ على رضاه بعد زوال الإكراه، ورأي زفر أقوى دليلاً.

أما إن كان الإكراه بحق أو غير محرَّم كالجبر على بيع الدار لتوسعة

= بعدها، 11، 12، القوانين الفقهية: ص 245 وما بعدها.

(1) البدائع 135/5، بداية المجتهد 278/2، المغني 246/4.

(2) مغني المحتاج 7/2.

مسجد أو طريق أو مقبرة، أو على بيع سلعة لوفاء دين أو لنفقة زوجة أو ولد أو والدين أو لوفاء ما عليه من الخراج السلطاني الذي لا ظلم فيه، فإن البيع يكون لازماً.

وفي حال الإكراه بغير حق، يرد المبيع على البائع المكره بلا ثمن يغرمه للمشتري، إذا أجبر على سبب البيع، كأن أجبره ظالم على مال، فباع سلعته لإنسان ليدفع ثمنها للظالم، أو أكرهه على أن يبيعها ليأخذ الظالم ثمنها منه أو من المشتري، ويرجع المشتري على الظالم. أما إذا أكرهه على بيع السلعة وأخَذ صاحبُها ثمنَها، فإنه إذا ردت عليه، دفع للمشتري ما أخذه منه.

بيع المضطر:

يجوز بيع المضطر لوفاء دين أو لضرورة معاشية، ويجوز الشراء منه مع الكراهة بأقل من قيمته للضرورة. والأولى إعانة المضطر وإقراضه حتى يتخلص من الضيق الذي حل به. وقال الحنفية: بيع المضطر وشراؤه فاسد[1].

بيع التلجئة: يجوز أيضاً عند الحنفية بيع التلجئة: لأن البيع تم بأركانه وشروطه خالياً من مفسد له. ولا يجور عند غيرهم ولا يصح؛ لأن العاقدين لم يقصدا البيع، فهما كالهازلين. وهذا هو الراجح لدي، وبيع التلجئة: أن يخاف إنسان اعتداء ظالم على ماله، فيتظاهر ببيعه فراراً من هذا الظالم[2].

بيع السمسار:

السمسار: هو الذي يتوسط بين البائع والمشتري لإبرام البيع

(1) الدر المختار ورد المحتار 114/4.
(2) المغني 214/4.

وتسهيل عمليته. فإن أبرم البيع بوكالة عن طرف دون آخر كان فضولياً. ويجوز للسمسار أخذ الأجرة على عمله عند العلماء؛ لأنه أجر على عمل وجهد معقول. ولم يجز الشافعية أخذ الأجر للبيّاع على كلمة لا تتعب.

ولا بأس كما قال ابن عبّاس أن يقول شخص لآخر: بع هذا الشيء بكذا، وما زاد فهو لك، أو بيني وبينك، لما رواه أحمد، وأبو داود، والحاكم عن أبي هريرة: «المسلمون على شروطهم».

4 ـ ألا يكون العاقد سكراناً بسبب سكر[1] حرام حال تمييزه: فإن كان السكران مميزاً صح بيعه ولكنه لا يلزم، فإذا أفاق، كان له إمضاء العقد أو رده، كما لا يلزم إقراره وسائر عقوده، لئلا يسارع الناس إلى ما في يده، ولكن تلزمه الحدود والجنايات والطلاق والعتق.

أما السكران الذي لا تمييز عنده، كالمجنون في جميع أحواله وأقواله فلا يلزمه شيء، ولا يصح منه شيء باتفاق المالكية، ولا يؤاخذ بشيء أصلاً، لا جنايات ولا غيرها.

5 ـ أن يكون العاقد بائعاً أو مشترياً مالكاً لما يتصرف فيه، أو وكيلاً للمالك أو ناظراً عليه: فإن لم يكن مالكاً ولا وكيلاً عن المالك بأن اشترى رجل شيئاً لأحد بغير إذنه، أو باع له شيئاً بغير إذنه، فهو عقد فضولي فينعقد عند المالكية والحنفية ويكون صحيحاً غير لازم متوقفاً لزومه على رضا المالك أو إجازته. ويكون الفضولي في حال البيع هو الذي يطالب بالثمن إذا أجاز المالك بيعه. لأنه بإجازته بيعه صار وكيلاً له، وفي الوكالة يكون الحق في المطالبة بالثمن للوكيل لا الموكل.

ودليلهم: أن الفضولي كامل الأهلية، فإعمال عقده أولى من إهماله، وربما كان في العقد مصلحة للمالك، وليس فيه أيّ ضرر

---

(1) المراد بالمسكر هنا: ما غيّب العقل، فيشمل المرقّد والمخدِّر.

بأحد؛ لأن المالك له ألا يجيز العقد، إن لم يجد فيه فائدة. روى البخاري وغيره أن النبي ﷺ أعطى عروة البارقي ديناراً ليشتري له به شاة، فاشترى له به شاتين، فباع إحداهما بدينار، وجاءه بدينار وشاة، فقال له: «بارك الله لك في صفقة يمينك».

وروى الترمذي، وأبو داود عن حكيم بن حزام: أن النَّبي ﷺ أعطاه ديناراً ليشتري به شاة يضحيها، فاشترى شاتين بالدينار، وباع إحداهما بدينار، جاء به هو والشاة للرسول ﷺ، فأثنى عليه، ودعا له بالبركة قائلاً: «بارك الله لك في صفقتك» فالنَّبي عليه الصلاة والسلام لم يأمر في الحالين في الشاة الثانية، لا بالشراء ولا بالبيع، فيكون تصرف الفضولي مستثنى من بيع ما ليس مملوكاً للإنسان، كبيع الوكيل والمسلم فيه والمغصوب.

وذهب الشافعية، والحنابلة، والظاهرية إلى أن بيع الفضولي باطل غير صحيح؛ لأن ملك البائع للمبيع أوالمشتري للثمن شرط صحة عندهم، لا شرط لزوم. وجاء في السنَّة النبوية ما يفيد اشتراط كون المبيع مملوكاً لمن له العقد، روى أبو داود، والترمذي عن حكيم بن حزام أن النَّبي ﷺ قال له: «لا تبع ما ليس عندك». أي: ما ليس مملوكاً للبائع، للغرر الناشىء عن عدم القدرة على التسليم وقت العقد، وما يترتب عليه من النزاع.

وقالوا عن حديث عروة البارقي، وحكيم بن حزام: إنه محمول على أنه كان وكيلاً مطلقاً عن النبي ﷺ، ويدل عليه أنه باع الشاة وسلَّمها، فهي وكالة خالف فيها الوكيل إلى خير، فينفذ تصرفه، وأما شراء الفضولي في رأيهم: فهو شراء لنفسه، ويلزمه هو وحده، ولا ينتقل الملك عنه إلى غيره إلا بعقد جديد.

وتحقيق مذهب الحنابلة على الراجح أن تصرف الفضولي باطل،

ولو أجيز بعد، إلا إذا اشترى في ذمته، ونوى الشراء لشخص لم يسمه، فيصح البيع.

6 ـ ألا يتعلق بالمعقود عليه حق لغير العاقد: فإن تعلق به حق لغير العاقد، كان العقد عند الحنفية والمالكية صحيحاً موقوفاً على إجازة ذلك الغير، كأن كان المعقود عليه مرهوناً أو مستأجراً، فإنه يصح للمالك بيعه لغير مرتهنه أو مستأجره، ويتوقف نفاذ البيع على إجازة المرتهن أوالمستأجر، فإن أجازة نفذ؛ لأن ركن البيع وهو الإيجاب والقبول صدر من أهله مضافاً إلى مال متقوم مملوك له مقدور على تسليمه، من غير ضرر يلزمه.

ويكون للمرتهن حق إجازة العقد، وتعجُّل دينه، أو رد بيع الراهن وفسخه وبقاء الشيء مرهوناً إلا إذا وفّى الراهن الدَّين أو أتى برهن ثقة بدل الأول.

ما يشترط لجواز البيع ودوام الملك بعد البيع:

اشترط المالكية والحنفية لدوام الملك وجواز البيع شرعاً شرطين[1]:

1 ـ أن يكون المشتري مسلماً إذا كان المبيع عبداً مسلماً أو كان مصحفاً ونحوه من تفسير القرآن وكتب الحديث: فإذا بيع عبد مسلم أو مصحف أو جزء من المصحف أو كتاب نبوي لكافر كتابي أو غيره، كان البيع صحيحاً نافذاً إلا أنه حرام، ويجبر المشتري الكافر على إخراج المبيع من ملكه؛ لأن في تملك الكافر للعبد المسلم إذلالاً وإهانة، والله تعالى يقول: ﴿ وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾ [النساء: 141] وفي تملك الكافر للمصحف ونحوه إهانة أيضاً.

---

(1) مواهب الجليل 253/4، والشرح الصغير 20/3 وما بعدها، القوانين الفقهية: ص 246، الموافقات للشاطبي 361/2، البدائع 135/5، 153.

فلا يكون الإسلام في العاقد شرط صحة ولا شرط لزوم عند المالكية والحنفية. وإنما شرط جواز ودوام الملك في بيع العبد المسلم والمصحف.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن إسلام المشتري شرط لصحة البيع إذا كان المبيع مصحفاً ونحوه من كتب الحديث وآثار السلف وكتب فقه فيها شيء من القرآن والحديث وآثار الصحابة، أو كان عبداً مسلماً، لما في تملك القرآن ونحوه من الإهانة، في تملك العبد المسلم من الإذلال، ولقوله تعالى: ﴿ وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾[1] [النساء: 141].

2 ـ ألا يؤدي البيع إلى حرام: فيحرم بيع كلّ شيء علم البائع أن المشتري قصد بشرائه أمراً لا يجوز، كبيع العنب لمن يعصره خمراً، وبيع الدار لمن يتخذها كنيسة، وبيع آلة الحرب للمحاربين وغير ذلك من كلّ بيع أعان على معصية. وهذا مذهب المالكية، وقال الحنفية: البيع صحيح مكروه تحريماً.

وقال الحنابلة ببطلان هذا البيع وتحريمه، وأبطل الشافعية بيع آلات الحرب كسيف ورمح ونحوها للحربيين الأعداء لتقوّيهم بها على المسلمين، واستعانتهم بها على قتال المسلمين، وحرّم الشافعية بيع الرطب والعنب لعاصر الخمر وبيع السلاح لباغ وقاطع طريق ونحوهما، وكذا كلّ تصرف يفضي إلى معصية[2].

تسليم المبيع والثمن:

ذهب المالكية والحنفية إلى أنه يجب على المشتري تسليم الثمن أولاً، وعلى البائع تسليم المبيع (المثمون) ثانياً، لما أخرجه ابن عدي

---

(1) مغني المحتاج 8/2، غاية المنتهى 8/2.

(2) مغني المحتاج 37/2-38، غاية المنتهى 18/2. =

عن ابن عبّاس: أن رسول الله قال: «الدين مقضي»[1] فإن قال أحدهما: لا أسلِّم ما بيدي حتى أقبض ما عاوضت عليه، أجبر المشتري على تسليم الثمن، ثم أخذ المبيع من البائع، وللبائع أن يتمسك بالمبيع (وهو حق حبس المبيع) حتى يقبض الثمن، فللبائع حبس المبيع على تسليم الثمن. ومن استحق ذلك لم يكن عليه التسليم قبل الاستيفاء كالمرتهن[2].

ضمان المبيع:

يرى المالكية[3]: أنه إذا تلف المبيع بعد قبضه، فضمانه على المشتري وخسارته عليه، وهذا متفق عليه بين الفقهاء. فإن تلف المبيع قبل القبض: فضمانه عند المالكية على المشتري أيضاً؛ لأن الضمان ينتقل إلى المشتري بنفس العقد في كلِّ بيع إلا في خمسة مواضع:

الأول ـ بيع الغائب على الصفة، وفي ضمانه تفصيل:

(أ) إن كان المبيع عقاراً وأدركته الصفقة سليماً: فالضمان على المشتري إلا لشرط من المشتري في أن الضمان على البائع.

(ب) وإن كان المبيع غير عقار أو كان هالكاً أو معيباً قبل العقد، فالضمان على البائع إلا لشرط من البائع في أن الضمان على المشتري. فيعمل به.

الثاني ـ ما بيع على الخيار.

الثالث ـ ما بيع من الثمار قبل كمال طيبها.

الرابع ـ ما فيه حق توفية (أي إيفاء) من كيل أو وزن أو عدد، حتى

---

(1) لكن فيه اسماعيل بن زياد السكوني، وهو منكر الحديث، لا يتابع على عامة ما يرويه.

(2) القوانين الفقهية: ص 247.

(3) القوانين الفقهية: ص 247، الشرح الصغير 45/3. الشرح الكبير 28/3.

يتم الإيفاء أو القبض، بخلاف الجُزاف، فإن هلك المكيل أو الموزون بعد امتلاء الكيل واستواء الميزان، وقبل التفريغ في وعاء المشتري، ففي ضمانه على البائع أو على المشتري خلاف.

الخامس ـ البيع الفاسد.

في هذه الأحوال الخمسة: الضمان على البائع حتى يقبضه المشتري.

وذهب الحنفية[1]: إلى أن الضمان قبل القبض على البائع إلا إذا هلك بفعل المشتري ، أو هلك بفعل أجنبي، فيكون المشتري بالخيار: إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أمضاه ودفع الثمن، وطالب الأجنبي بالضمان.

وأما إذا هلك المبيع بعد القبض : فضمانه على المشتري، إلا إذا هلك بفعل البائع، فيتوجب فسخ البيع، ويكون البائع باعتدائه مسترداً للمبيع، وعليه ضمانه.

وقال الشافعية كالحنفية: كلّ مبيع من ضمان البائع حتى يقبضه المشتري[2].

وقال الحنابلة[3]: إذا كان المبيع مكيلاً أو موزوناً فتلف قبل قبضه ، فهو من مال البائع،وأماعداه فلا يحتاج فيه إلى قبض، وإن تلف فهو من مال المشتري، فهم كالمالكية في الجملة.

---

(1) الدر المختار ورد المحتار لابن عابدين 44/4.

(2) مغني المحتاج 65/2.

(3) المغني 110/4، كشاف القناع 358/34.

أنواع البيع من حيث الوصف الشرعي له:

ينقسم البيع عند الحنفية[1] إلى ثلاثة أنواع: بيع صحيح، وبيع فاسد، وبيع باطل.

والصحيح؛ هو ما شرع بأصله ووصفه. والمراد بأصله: الركن والمحل. والركن: الإيجاب والقبول، والمحل، هو الشيء المعقود عليه. والمراد بوصفه: ما كان خارجاً عن الركن والمحل، كالشرط المخالف لمقتضى العقد، أو كون المعقود عليه غير مقدور التسليم، وكالثمينة، فهي صفة تابعة للعقد، وإن كان البيع يتوقف على الثمن أيضاً، ولكن الأصل فيه المبيع، لذا ينفسخ البيع بهلاك المبيع، دون هلاك الثمن؛ لأن الثمن ليس مقصوداً، وإنما هو وسيلة للانتفاع بالأعيان، فاعتبر من هذه الناحية وصفاً خارجاً عن البيع.

والبيع الصحيح بناء عليه: هو ما توافرت فيه جميع شروط انعقاده وصحته. وهو نوعان: نافذ وموقوف.

والنافذ: ما توافرت فيه جميع شروط النفاذ وهي الملك أو الولاية، وألا يكون في المبيع حق لغير البائع، كأن يبيع إنسان داره المملوكة له، وهو بالغ عاقل رشيد، بألف دينار، بيعاً لازماً من غير خيار.

والموقوف: هو ما لم تتوافر فيه جميع شروط النفاذ، كبيع الصبي المميز، وبيع ملك الغير، وبيع ما تعلق به حق لغير البائع، مثل بيع المرهون والمستأجر، فإنه بيع صحيح موقوف نفاذه على إجازة من تعلق له به حق، فإذا باع الراهن الشيء المرهون لغير مرتهنه، كان البيع صحيحاً متوقفاً نفاذه على إجازة المرتهن. وإذا باع المؤجر الشيء

---

(1) حاشيته ابن عابدين 104/4، البدائع 299/5، 301، 304 ، العناية بهامش فتح القدير185/5 وما بعدها، 230، 232.

المستأجَر، كان البيع صحيحاً متوقفاً نفاذه على إجازة المستأجِر.

والفاسد: هو ما شرع بأصله دون وصفه، أو هو كلّ بيع فاته شرط من شروط الصحة، كأن يصدر البيع من أهل له في محل قابل للبيع، ولكن عرض له أمر أو وصف غير مشروع. والبيع الفاسد بناء عليه: ما توافرت فيه شروط الانعقاد، ولم يشتمل على جميع شروط الصحة أو أحد شرائطها، كأن فاته شرط أو أكثر منها، كبيع المجهول جهالة تؤدي للنزاع، مثل بيع دار من الدور، أو سيارة من السيارات المملوكة لرجل، دون تعيين، ومثل البيع بثمن من خمر أو خنزير أو كل مال غير متقوم، بخلاف جعل ذلك مبيعاً، فإنه باطل، لأن المبيع أصل العقد، والثمن وصفه، ومثل إبرام صفقة في صفقتين، كبيع دار على أن يبيعه سيارته، أو على أن يُسلفه مبلغاً من المال، ومثل بيع اللبن في الضرع، والصوف على ظهر الغنم، بسبب الجهالة لاختلاط المبيع بغيره، والبيع المشتمل على الربا للنهي عنه بسبب الزيادة، فكل هذه البيوع فاسدة. ومنها بيع الملامسة (تعليق البيع أو التملك على لمس شيء) وبيع المنابذة (تعليق البيع على نبذ كل عاقد ثوبه إلى الآخر) وبيع الحصاة أو الحجر لجهالة الشيء الذي تقع عليه الحصاة بعد رميها على أشياء متعددة.

والباطل: ما اختل ركنه ومحله، أو ما لا يكون مشروعاً بأصله ولا بوصفه، كأن يكون العاقد ليس أهلاً لإبرام العقد، أو أن يكون محل العقد ليس قابلاً له، بأن كان غير مال كالميتة والدم والتراب، أو مالاً غير متقوم كالخمر والخنزير، لأنه لا يباح الانتفاع بهما شرعاً. والبيع الباطل بناء عليه: هو ما لم تتوافر فيه جميع شروط انعقاده أو بعض هذه الشروط، كفقد الأهلية أو المحلية، مثل بيع المجنون أو الصبي غير المميز (دون السابعة) لفقد الأهلية، وبيع الميتة، والدم، والخمر، والخنزير وسائر النجاسات لانعدام المحلية، لأن هذه الأشياء لا تعد مالاً، أو مالاً غير متقوم، فانعدم ركن البيع: وهو مبادلة المال بالمال،

وكبيع الثمر أو الزرع قبل بدو الصلاح أو الظهور؛ لأنه معدوم عند التعاقد. وكبيع صيد الحرم أو صيد المحرم بحج أو عمرة؛ لأنه ميتة في حكم الشرع، فلا يكون مالاً، فيبطل بيعه، وكبيع السمك في الماء والطير في الهواء؛ لأنه ليس محرزاً، وبيع شيء مع التصريح بنفي الثمن، لعدم وجود المعاوضة.

ضابط الباطل والفساد:

إذا كان الفساد يرجع للمبيع فالبيع باطل، كما إذا باع خمراً أو خنزيراً أو ميتة أو دماً أو صيد الحرم أو الإحرام بحجٍّ أو عمرة، فلا يفيد الملك أصلاً وإن قبض؛ لأن الخلل واقع على المبيع ذاته، وهو أن الخمر والخنزير لا يثبت الملك فيهما للمسلم بالبيع، والبيع لا ينعقد بلا مبيع، والميتة والدم ليسا بمال متقوم، وقد أبطل الشارع تملك صيد الحرم والإحرام.

وإذا كان الفساد يرجع للثمن: فإن كان الثمن مالاً في الجملة، أي: في بعض الأديان أو مرغوباً عند بعض الناس، كالخمر والخنزير وصيد الحرم والإحرام، فإن البيع يكون فاسداً، أي: إنه ينعقد بقيمة المبيع[1]، ويفيد الملك في المبيع بالقبض؛ لأن ذكر الثمن المرغوب دليل على أن غرضهما البيع فينعقد بيعاً بقيمة المبيع.

وأما إن كان الثمن ميتة أو دماً، فقال عامة الحنفية: يبطل البيع، وقال بعضهم: يفسد، والصحيح أنه يبطل؛ لأن المسمى ثمناً ليس بمال أصلاً[2].

---

(1) الفرق بين الثمن والقيمة: أن الثمن: ما تراضى عليه المتعاقدان، سواء زاد على القيمة أو نقص عنها. والقيمة: ما قوّم به الشيء بمنزلة المعيار من غير زيادة أو نقص.

(2) المبسوط للسرخسي22/13 ، فتح القدير والعناية 186/5، 227، البدائع 299/5، 305.

حكم كل نوع من أنواع البيع:

حكم العقد: هو الغرض والغاية منه، وحكم البيع هنا: ثبوت ملكية المبيع للمشتري وملكية الثمن للبائع.

وأما **حقوق العقد:** فهي الأعمال التي لا بد منها للحصول على حكمه، مثل تسليم المبيع، وقبض الثمن، والرد بالعيب أو خيار الرؤية أو خيار الشرط، وضمان رد الثمن إذا استُحق[1] المبيع مثلاً.

وحكم البيع الصحيح: إن كان موقوفاً لا يترتب عليه أيّ أثر قبل إجازة من له حق الإجازة، فإن أجازه المجيز نفذ، وترتبت عليه جميع آثار البيع، وإن لم يجزه بطل واعتبر كأن لم يكن.

وإن كان نافذاً انتقلت فيه ملكية المبيع للمشتري، وثبت للبائع استحقاق الثمن في ذمة المشتري. ويترتب على ذلك ما يأتي:

1 ـ إلزام البائع بتسليم المبيع للمشتري في الحال إن كان الثمن مؤجلاً، وبعد قبضه الثمن إن كان حالاً. وإلزام المشتري بدفع الثمن في الحال قبل تسلم المبيع إن كان حالّ الأداء، ودفعه عند حلول الأجل إن كان مؤجلاً، ويحل لكلٍّ من طرفي العقد الانتفاع بالمبيع والثمن، ويصح معه التصرف فيه كيفما شاء.

2 ـ ضمان البائع الثمن للمشتري إذا قبضه منه، ثم استحق المبيع أو هلك في يده، أو تلف بفعل أجنبي واختار المشتري فسخ العقد. وضمان المشتري ثمن المبيع إذا تسلمه قبل أداء الثمن.

وحكم البيع الفاسد عند الحنفية: أنه لا يترتب عليه أيّ أثر من آثار

---

(1) الاستحقاق: أن يدعي شخص ملكية شيء، ويثبت ذلك بالبيّنة، ويقضي القاضي له بالملك.

البيع الصحيح قبل القبض، ويترتب عليه ثلاثة آثار بعد القبض الصحيح: وهو يتم بإذن مالكه، فإن كان القبض غير صحيح بأن قبضه بغير إذن من مالكه، فحكم العقد كحكمه قبل القبض لا يفيد ملكاً ولا يترتب عليه أيّ أثر. وآثار القبض الصحيح هي ما يأتي:

1 ـ ثبوت الملك الخبيث: إذا تم القبض بإذن المالك صراحة أو دلالة، كأن يقبضه في مجلس العقد أمام البائع دون أن يعترض عليه. والملك الخبيث يحرُم الانتفاع به كالأكل واللبس والسكنى، فلا يحل للمشتري الانتفاع بالمبيع خلافاً للبيع الصحيح، ولكن يصح التصرف فيه كالبيع الصحيح، تصرفاً مقترناً بالإثم. أما عدم الانتفاع به، فلأنه ملك خبيث للنهي عنه، وأما صحة التصرف فيه فلأن النهي عنه ليس لذات العقد، فثبت به الملك، وإذا باعه حل لمن يشتريه الانتفاع به مطلقاً، لانقطاع تعلق النهي به بعد خروجه عن ملكه.

2 ـ ضمان المشتري المبيع بعد قبضه عند هلاكه بالقيمة، أي: ثمن المثل، خلافاً للبيع الصحيح الذي يكون ضمانه بالثمن المسمَّى، أي: المتفق عليه في صلب العقد؛ لأن الثمن يفسد بفساد العقد، فيبقى المبيع بلا ثمنٍ، وهو مضمون عليه، فتثبت فيه القيمة.

3 ـ استحقاق الفسخ: يجب فسخه رعاية لحق الشرع في إزالة الفساد عن العقد؛ لأن الملك الثابت ملك حرام، وإزالة الحرمة حق للشارع. ويثبت حق الفسخ في البيع الفاسد لكلا العاقدين، سواء كان الفسخ قبل القبض أو بعد القبض، دفعاً للحرمة، وطرق الفسخ إما صراحة بالقول كأن يقول: فسخت البيع أو نقضته أو رددته، دون حاجة لرضا العاقد الآخر، أو إلى قضاء القاضي، أو بفعل يتضمن الفسخ كرد المبيع لصاحبه بأيّ وجه كان كبيع أو هبة أو صدقة أو إعارة؛ لأن المستحق هو الرد، فإذا حصل الرد بأيّ وجه، كان فسخاً للبيع.

وينقلب البيع الفاسد صحيحاً إذا أزيل سبب الفساد، كأن كان سبب

الفساد جهالة الثمن أو لأجل، فاتفق الطرفان على تحديده، أو كان سبب الفساد شرطاً فاسداً مفسداً العقد، فأسقطه مستحقه.

ويبطل حق فسخ البيع الفاسد بتصرف المشتري بالمبيع تصرفاً مزيلاً للملك من كلّ وجه كالبيع والهبة، أو من بعض الوجوه كالإجارة والإعارة، أو بزيادة المبيع عند المشتري زيادة متصلة غير متولدة من الأصل، كسويق (دقيق) لتّه بعسل أو سمن، أو بهلاك المبيع في يد المشتري أو استهلاكه من قبله. أما الزيادة المنفصلة كالولد والثمر واللبن، فإنها لا تمنع الفسخ، بل للبائع أن يأخذ المبيع مع الزيادة ويفسخ البيع؛ لأن قبض المشترى شراء فاسداً بمنزلة قبض الغصب[1]. وكذلك تعيب المبيع بفعل المشتري أو بآفة سماوية أو بفعل المبيع نفسه كحيوان جرح نفسه، أو بفعل أجنبي، لا يمنع الفسخ، ويكون للبائع في التعيب بالأحوال الثلاثة الأولى تضمين المشتري أرش (مقدار) النقص، ويخير البائع في حال التعيب بفعل الأجنبي بين الرجوع على المشتري بقيمة النقص لتعيبه في ضمانه، أو على الأجنبي لأنه المتلف.

وحكم البيع الباطل: أنه لا حكم له أصلاً؛ لأن الحكم للموجود شرعاً، ولا وجود لهذا البيع شرعاً، وإنما هو موجود صورة فقط، فيكون مسلوب الحكم؛ لأن التصرف لا يوجد شرعاً بدون شروط انعقاده من الأهلية والمحلية، فلا يترتب عليه أيّ أثر لعدم انعقاده.

وعليه، إذا قبض المشتري المبيع بيعاً باطلاً، لم يملكه، وإذا هلك عنده من غير تعدّ منه، كان ضامناً له عند الصاحبين، وهو الأصح في المذهب الحنفي، لأنه ليس أقل من المقبوض على سوم الشراء، وهذا مضمون، فيكون ذلك مضموناً، لكنه مضمون هنا بقيمته لا ثمنه بالاتفاق، ولأن المشتري لم يقبضه نائباً عن مالكه حتى يكون أمانة عنده

---

(1) تحفة الفقهاء 89/2، ط أولى.

في يده، وإنما قبضه ليكون لنفسه. وقال أبو حنيفة: لا ضمان عليه إلا بالتعدي أو بالتقصير في الحفظ؛ لأنه في يد المشتري أمانة لبطلان البيع، ولأن المشتري قد قبضه بتسليط من بائعه، فيكون في يده أمانة.

أنواع البيع عند الجمهور غير الحنفية:

ينقسم البيع عند الحنفية إلى قسمين فقط: صحيح وغير صحيح، وغير الصحيح يسمى باطلاً أو فاسداً، فهما لفظان مترادفان معناهما واحد: وهو مقابل الصحيح.

والصحيح: هو ما توافرت فيه جميع شروط الصحة. وغير الصحيح: ما لم تتوافر فيه جميع شروط الصحة أو بعضها، بأن اختل منها شرط أو أكثر. والصحيح: إما لازم أو غير لازم.

واللازم: ما توافرت فيه شروط اللزوم. وغير اللازم: ما اختل فيه شرط أو أكثر من شروط اللزوم، كبيع السفيه والصبي المميز، فإنه صحيح غير لازم، يتوقف لزومه على إجازة الولي.

وحكم البيع الصحيح: أنه يترتب عليه آثاره من الملك وحل الانتفاع، فيملك المشتري السلعة المبيعة، ويملك البائع الثمن، ويباح لكلٍّ من العاقدين التصرف فيما ملكه بمقتضى العقد، ويدخل في ضمان المشتري بالعقد ما لم يكن فيه حق توفية، أما إذا كان فيه حق توفية كالمثلي: هو ما يكال أو يوزن أو يعد، فلا يدخل في ضمان المشتري إلا بالقبض، وهذا مذهب المالكية والحنابلة كما تقدم، وقال الحنفية والشافعية: لا يدخل المبيع في ضمان المشتري إلا بالقبض، في غير العقار. وأما العقار فيتم قبضه بمجرد التخلية.

وحكم غير الصحيح: أنه لا يترتب عليه آثاره، فلا تنتقل به الملكية ولا يحل به الانتفاع، وليس للمشتري التصرف في المبيع بمقتضى هذا العقد ولا للبائع التصرف في الثمن، ويجب رد المبيع لبائعه ما لم

يفت[1] في يد المشتري، ولا يجوز لمشتريه الانتفاع به ما دام قائماً، ولا ينتقل الضمان فيه إلى المشتري إلا بقبضه من بائعه، وإذا قبضه المشتري وكان له غلة، فاز بها؛ لأنه في ضمانه، والغلة بالضمان، ولا رجوع للمشتري على البائع بالنفقة التي أنفقها على المبيع فاسداً؛ لأن النفقة في نظير الغلة. وإذا لم يكن له غلة، رجع المشتري على البائع بالنفقة.

والخلاصة: الصحة في العقود: ترتب آثارها عليها، والفساد عدمه، وفي العبادة: موافقة الفعل ذي الوجهين الشرع.

وإذا فات المبيع بيعاً فاسداً في يد المشتري، قال المالكية في المشهور عندهم: فإن كان مختلفاً في فساده بين العلماء ولو في مذهب آخر، وجب الثمن المتفق عليه، وإن كان متفقاً على فساده، وجبت القيمة يوم قبض المشتري له إن كان قيمياً، والمثل إن كان مثلياً (وهو المكيل، والموزون، والمعدود) ووجد المثل في البلد، وإلا وجبت القيمة[2].

مفوتات البيع الفاسد أو ما يفوت به البيع الفاسد:

يفوت[3] المبيع في البيع الفاسد بأمور هي:

1 ـ تغير ذات المبيع كسمن الدابة أو هزالها، وغرس الأرض وقلع غرسها، وتلف الذات كالموت وفَناء الشيء جملة كأكل الطعام.

2 ـ تصرف المشتري به ببيع أو هبة أو صدقة أو وقف.

3 ـ تعلق حق به لغير المشتري كرهن السلعة أو إجارة الشيء.

---

(1) يأتي في نهاية الكلام مباشرة مفوتات البيع الفاسد.

(2) الشرح الكبير 91/3، القوانين الفقهية: ص 260.

(3) اي يذهب ولا يرد للبائع.

4 ـ إقامة بناء أو غرس شجر عظيمي المؤنة، أو حفر بئر أو عين في الأرض المبيعة.

5 ـ بقاء الحيوان عند المشتري بعد قبضه مدة كشهر فأكثر.

6 ـ نقل المبيع إلى محل آخر بكلفة.

7 ـ تغير سوق غير المثلي والعقار، كالحيوان والعروض التجارية.

8 ـ حدوث عيب في المبيع يؤدي إلى نقص القيمة في عرف التجار[1].

البيوع الممنوعة (الفاسدة، والباطلة، والمحرمة):

البيوع الممنوعة: هي البيوع المنهي عنها شرعاً، لكن النهي عن البيع قد يقتضي فساد المنهي عنه باتفاق الفقهاء، وقد لا يقتضيه عند بعض الفقهاء، وهذه البيوع كثيرة يرجع النهي عنها إما إلى المتعاقدين، أو إلى الثمن أو إلى المبيع (المثمون) أو إلى الغرر وما يترتب عليه من غبن أو ضرر.

وهذه البيوع قسمان: قسم منطوق بالنهي عنه شرعاً كبيوع الربا وبيع المنابذة، والملامسة، والحصاة، وقسم مسكوت عنه مختلف فيه، مثل بيع العين الغائبة أو الموصوفة، وبيوع الآجال والعِينَة. وسأذكر أهم هذه البيوع وأحكامها فيما يأتي[2]:

---

(1) القوانين الفقهية: ص 260 وما بعدها، مواهب الجليل 382/4 وما بعدها، دارسات في الشريعة الإسلامية للشيخ عبد الجليل القرنشاوي: ص 391-392.

(2) انظر الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 61/3-91، الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه 96/3-132، بداية المجتهد 146/2-168، القوانين الفقهية: ص 257-260، المقدمات الممهدات61/2 وما بعدها.

1 ـ بيع المعدوم:

اتفق العلماء على أنه لا ينعقد بيع المعدوم كبيع شيء لم يوجد، وبيع الثمر والزرع قبل ظهوره، وما له خطر العدم كبيع الحمْل الموجود، وبيع اللؤلؤ في الصدف؛ لأن النَّبي ﷺ نهى عن بيع المضامين والملاقيح وحبَل الحبَلة[1]، وفسر الإمام مالك المضامين: بالأجنَّة: وهي ما في بطون الحيوان من الحمْل، والملاقيح: بما في ظهور الحيوان من الماء الذي يتكون منه الجنين في رحم الأنثى، وحَبَل الحَبَلة: بتأجيل الثمن إلى أن ينتج النتاج، أي: إلى أن يلد الولد. وفسر العلماء الآخرون حبل الحبلة ببيع نتاج النتاج، أي: بيع ولد ما تلده الدابة. وهي بيوع باطلة لما فيها من شدة الغرر، إذ المبيع ليس بمعلوم ولا بمتقوّم ولا موجود ولا مقدور على تسليمه.

2 ـ بيع معجوز التسليم:

إذا كان المبيع غير مقدور على تسليمه عند العقد، ولو كان مملوكاً، فالبيع باطل باتفاق المذاهب، كالطير الذي طار من يد صاحبه، واللقطة، والعبد الآبق، والفرس الشارد، والجمل النافر، والبقرة المتوحشة والمغصوب إلا أن يبيعه من غاصبه، لاشتمال البيع على الغرر، أي احتمال تسليمه وعدم التسليم، وقد نهى النَّبي ﷺ ـ فيما يرويه أحمد وأصحاب الكتب الستة إلا البخاري عن أبي هريرة ـ «عن بيع الحصاة وعن بيع الغرَر».

3 ـ بيع الغرَر:

وهو بيع الأشياء الاحتمالية المترددة بين الوجوه والعدم (غير محققة

---

(1) رواه عبد الرزاق في مصنفه عن ابن عمر، وروى مالك وأحمد وأصحاب الكتب الستة إلا ابن ماجه عن ابن عمر النهي عن حبل الحبلة.

الوجود) أو الحدود، لما فيه من مغايرة وتغرير يجعله أشبه بالقمار.
والغرر الذي يبطل البيع بالاتفاق هو غرر الوجود: وهو كلّ ما كان المبيع فيه محتملاً للوجود والعدم، كبيع الطير في الهواء والسمك في الماء، لنهي النَّبي ﷺ - كما تقدم - عن بيع الغرَر، وروى أحمد عن ابن مسعود: أن النَّبي ﷺ قال: «لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرَر».

أما غرر الوصف كبيع المجهول أو بثمن مجهول، فمفسد للبيع عند الحنفية، ومبطل للبيع عند بقية المذاهب.

ومنه بيع المزابنة: وهو بيع مجهول بمعلوم، أو بمجهول من جنسه، كبيع صندوق قمح بكيل معلوم. وبيع الرطب بالتمر وبيع زبيب بمثله تخميناً، وبيع صندوق فاكهة بمثله دون معرفة قدر كل منهما، للغرر. وبيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصاً(تخميناً أو حِزراً) لأن «النَّبي ﷺ نهى عن المزابنة والمحاقلة»[1].

لكن يجوز عند الجمهور غير الحنفية بيع العرَايا للحاجة: وهو بيع الرُّطَب على النخيل خرصاً بتمر في الأرض كيلاً، أو بيع العنب على الشجر خرصاً بزبيب في الأرض كيلاً، فيما دون خمسة أوسق (653 كغ) ولو من غير تقابض عند المالكية، ويشرط التقابض في المجلس عند الشافعية والحنابلة منعاً من ربا النسيئة؛ لما أخرجه البخاري، ومسلم، وأحمد من حديث سهل بن أبي حَثْمة: أن النَّبي ﷺ نهى عن بيع الثمر بالتمر، ورخّص في العرايا.
وأجاز الحنفية بيع العرايا للضرورة فقط.

وأباح المالكية والحنابلة مطلقاً كلّ ما فيه غرر يسير، كالأشياء التي تختفي في قشرها كالجوز، واللوز، والفستق، والفول الأخضر (الباقلاء)، والأرز، والسمسم، والحنطة في سنبلها، والبطيخ،

---

(1) أخرجه البخاري ومسلم عن جابر بن عبد الله وأبي سعيد الخدري.

والرمان، لتعارف الناس هذه البيوع، وهو الراجح لدي، وهذا هو مذهب الحنفية أيضاً، لكن مع إعطاء خيار الرؤية للمشتري.

4 ـ بيع الملامسة والمنابذة والحصاة:

وهي من صور بيوع الغرر التي كانت في الجاهلية، ثم نهى عنها النَّبي ﷺ. أخرج الجماعة إلا البخاري عن أبي هريرة: أن النَّبي ﷺ نهى عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر. وأخرج أحمد، والشيخان عن أبي سعيد الخدري قال: «نهى رسول الله عن الملامسة والمنابذة في البيع»

وبيع الملامسة: أن يشترط البائع على المشتري لزوم البيع بمجرد لمسه المبيع من غير بحث فيه، مثل: بعتك ثوبي هذا على أني إن لمسته أو على أنك متى لمسته، أو أيّ من هذه الأثواب لمسته، فهو لك.

وبيع المنابذة: أن يقع البيع على شرط أن ينبذ البائع السلعة إلى المشتري، ويلزم البيع بالنبذ من غير تأمل في المعقود عليه من ثمن ومبيع، سواء أكان منهما معاً أو من أحدهما، مثل: إن أو متى نبذت هذا، أو أيّ ثوب نبذته لك (طرحته) فهو لك بكذا.

وبيع الحصاة: أن يتوقف لزوم البيع أو تعيين المبيع أو قدره على رمي حجر أو حصاة، مثل بعتك هذا بكذا على أني متى رميت هذه الحصاة، لزم البيع، أو يقول: بعتك ثوباً أو شيئاً من هذه الأشياء التي تقع عليه الحصاة التي ترمي بها، أو بعتك من هذه الأرض ما انتهت إليه الحصاة في الرمي.

ومثل ذلك: بيع ضربة القانص (بأن يقول البائع: بعتك ما يخرج من إلقاء هذه الشبكة مرة بكذا) وضربة الغائص (بأن يقول: أغوص غوصة، فما أخرجته من اللآلىء فهو لك بكذا).

كل هذه البيوع الخمسة: المبيع فيها مجهول الذات أو المقدار،

والجهالة داخلة في الغرر، وقد ثبت النهي عنها، بعد أن كانت من بيوع الجاهلية.

5 ـ بيع الدَّين أوبيع الكالىء بالكالىء:

أي: بيع الدَّين بالدَّين، وهو بيع ممنوع شرعاً، لما رواه الدارقطني عن ابن عمر، والطبراني عن رافع بن خديج: «أن النَّبي ﷺ نهى عن بيع الكالىء بالكالىء»(1).

مثاله: أن يكون لخالد ديْن على عمر، فيبيع خالد الدَّين الذي له على عمر لرجل آخر إلى أجل. وهذه صورة بيع الدَّين لغير المدين.

ومثال بيع الدَّين للمدين: أن يقول رجل لآخر: اشتريت منك مدّاً من الطعام (القمح) بدينار، على أن يتم تسليم العوضين بعد شهر مثلاً، أو أن يشتري رجل شيئاً إلى أجل. فإذا حل الأجل لم يجد البائع ما يقضي به دينه. فيقول للمشتري: بعني هذا الشيء إلى أجل آخر بزيادة شيء، فيبيعه ولا يجري بينهما تقابض، فيكون هذا رباً حراماً تطبيقاً لقاعدة الجاهلية: «زدني في الأجل وأزيدك في القدر».

وقد أجمع الناس على أنه لا يجوز بيع دَين بدَين، سواء أكان البيع للمدين أم لغير المدين.

6 ـ بيع العربون:

وهو أن يشتري الرجل شيئاً، ويدفع للبائع مبلغاً من المال على أنه إن تم البيع وأخذ المشتري الشيء. احتسب المدفوع من الثمن ، وإن

---

(1) صححه الحاكم على شرط مسلم، وتعقب بأنه تفرد به موسى بن عبيدة الربذي، وقد قال فيه أحمد: لا تحل الرواية عنه عندي، ولا أعرف هذا الحديث عن غيره، وقال: ليس هذاأيضاً حديث يصح، ولكن إجماع الناس على أنه لا يجوز بيع دين بدين، وقال الشافعي: أهل الحديث يوهنون هذا الحديث (نيل الأوطار156/5).

لم يأخذه فهو للبائع هبة من المشتري، فهو بيع يثبت فيه الخيار للمشتري، ولكن مدة الخيار غير محددة بزمن، وأما البائع فالبيع لازم له. وهو ممنوع في رأي جمهور العلماء غير الحنابلة، لما أخرجه أحمد، ومالك، في الموطأ، والنسائي، وأبو داود عن عبد الله بن عمرو، قال: «نهى النّبي ﷺ عن بيع العُرْبان»[1] والعربان لغة في العُرْبون. وعلة منعه: اشتماله على الغرر والمخاطرة وأكل المال بغير عوض، واشتماله أيضاً على شرط فاسد: هو عدم رد المدفوع للمشتري إن لم يرض بالشيء المبيع، وفيه أخذ مال بدون وجه حق، فهو أكل لأموال الناس بالباطل، ويفسخ هذا البيع إن لم يفت، فإن فات مضى بالقيمة.

وأجازه الإمام أحمد، لما أخرجه عبد الرزاق في مصنفه من حديث زيد بن أسلم: «أنه سئل رسول الله ﷺ عن العُرْبان في البيع، فأحله»[2].

وما رُوي فيه عن نافع بن عبد الحارث: «أنه اشترى لعمر دار السجن من صفوان بن أمية بأربعة آلاف درهم، فإن رضي عمر، كان البيع نافذاً، وأن لم يرض فلصفوان أربعمائة درهم». وضعَّف أحمد رحمه الله الحديث المروي في النهي عن بيع العربان[3].

وعمل الناس جارٍ على التعامل ببيع العربون الذي يتضمن التعهد بتعويض ضرر الغير عن التعطل والانتظار.

---

(1) لكن الحديث منقطع، وفيه راوٍ لم يسم، وسماه ابن ماجه: وهو عبد الله ابن عامر الأسلمي، وهو لا يحتج بحديثه (نيل الأوطار: 153/5).

(2) حديث مرسل، وفي إسناده إبراهيم بن أبي يحيى، وهو ضعيف (نيل الأوطار، المكان السابق).

(3) غاية المنتهى (26/2).

7 ـ بيع الغش:

أجمع العلماء على تحريم الغش، لما أخرجه الجماعة إلا البخاري والنسائي عن أبي هريرة: أن النَّبي ﷺ مرّ برجل يبيع طعاماً، فأدخل يده فيه فإذا هو مبلول. فقال: «من غشنا فليس منا» أي: ليس ممن اهتدى بهدي النَّبي واقتدى بعمله وحسن طريقته.

والغش نوعان: الأول ـ إظهار جودة ما ليس بجيد، كنفخ اللحم بعد سلخه، وبل الثياب بالنشا، والثاني ـ خلط الشيء الصافي بغيره كخلط اللبن بالماء، والسمن بالدهن من زيت وشحم، أو الجيد بالرديء من جنسه كقمح جيد برديء.

وحكمه عند المالكية: أنه إذا وقع فسخ وتصدق صاحبه بما حصل الغش به إن كان قائماً، تأديباً للغاشّ، وإن لم يكن قائماً، تصدق بثمنه، فهو بيع فاسد[1].

8 ـ بيع النجْش، وتلقي الركبان، وبيع الحاضر للبادي:

هذه البيوع الثلاثة حرام عند الجمهور، مكروهة تحريماً عند الحنفية للنهي عنها في الإسلام[2].

وبيع النَّجْش: هو أن يزيد المرء في السلعة، وليس له حاجة بها، إلا ليغلي ثمنها، وينفع صاحبها، ويغرر غيره بالزيادة ويخدعه، فيشتريها بالسعر الزائد، وهو حرام عند الجمهور، ومكروه تحريماً عند الحنفية، لما أخرجه البخاري ومسلم عن ابن عمر قال: «نهى رسول الله ﷺ عن النَّجْش».

وأخرج الشيخان أيضاً عن أبي هريرة قال: «نهى رسول الله أن يبيع

(1) الشرح الصغير 3/86-88.

(2) مواهب الجليل للحطاب 4/378 وما بعدها.

حاضر لباد، ولا تناجشوا». والنهي هنا يقتضي التحريم، لتغرير المشتري وخديعته غيره، ولكنه لا يقتضي فساد البيع، فيقع صحيحاً عند الجمهور، وللمشتري رده إذا علم ما لم يفت، فإن فات فيلزمه الأقل من القيمة والثمن، وقال الحنابلة في المشهور عندهم بفساده، ولا خيار غبن فيه[1].

أما بيع المزايدة أو المزاد العلني لكلِّ الناس فهو بيع صحيح جائز أقره النَّبي ﷺ.

وتلقي الركبان أو الجَلَب: هو مبادرة بعض أهل المدينة القادمين بالسلع، فيشترونها منهم قبل وصولهم إلى السوق، أو البلد إن لم يكن لها سوق، وقبل معرفة السعر، إذا كان التلقي في رأي المالكية دون ستة أميال من البلد أو السوق، وهو حرام عند الجمهور، مكروه تحريماً عند الحنفية؛ لنهي النَّبي ﷺ عنه، أخرج الشيخان من حديث ابن عبَّاس: «لا تَـلَقَّوْا الركبان، ولا يبع حاضر لباد» وسبب النهي: الإضرار بأهل البلد وبأصحاب السلع، ولكن البيع صحيح عند الأئمة ولا يفسخ؛ لأن النهي هنا لأمر خارج عن البيع، وهو لا يقتضيه، ولكن يثبت فيه عند الحنابلة خيار غبن فاحش خارج عن العادة[2].

وبيع الحاضر للبادي: هو أن يبيع ساكن الحضر بضاعة الغريب ساكن البادية على التدرج، مع حاجة أهل البلد، بسعر أغلى، مع أن الغريب كان يريد البيع بالسعر الحالي، وهو حرام عند الجمهور، مكروه تحريماً عند الحنفية، لما أخرجه الجماعة إلا البخاري عن جابر: أن النَّبي ﷺ قال: «لا يبيع حاضر لباد، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض».

---

(1) غاية المنتهى 33/2، كشاف القناع 200/3، المغني 211/4 ومابعدها.

(2) غاية المنتهى: 33/2، كشاف القناع 199/3، المغني: 218/4.

وسبب النهي عنه: الإضرار بأهل السوق والتضييق عليهم لبيع السلعة بأكثر من ثمن المثل، أو من طريق التخصص بالسمسرة بحيث لا يبيع الحاضر إلا لأهل البادية طمعاً في زيادة الثمن.

ويفسخ عند المالكية إن لم يفت، فإن فات مضى بالثمن، والبيع صحيح عند الحنفية، والشافعية، والحنابلة؛ لأن النهي لأمر خارج عن البيع، وهو الرفق بأهل الحضر[1].

9 ـ البيع وقت النداء لصلاة الجمعة:

وهو الأذان الثاني الحالي الذي يكون بين يدي الإمام الخطيب على المنبر. وهو كالبيوع السابقة صحيح حرام عند الشافعية، مكروه تحريماً عند الحنفية، لقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوۡمِ ٱلۡجُمُعَةِ فَٱسۡعَوۡاْ إِلَىٰ ذِكۡرِ ٱللَّهِ وَذَرُواْ ٱلۡبَيۡعَۚ ﴾ [الجمعة: 9] وعلة النهي: الاشتغال بالبيع ونحوه من الأعمال الأخرى عن السعي للجمعة.

وهو فاسد عند المالكية، ويفسخ إن كان المبيع قائماً، فإن فات بتغير أو تعيب أو تصرف مثلاً، مضى بالقيمة حين القبض[2]، وكذلك قال الحنابلة: لا يصح البيع والشراء ممن تلزمه الجمعة قبل ندائها في وقت لزوم السعي إلى الجمعة، ويحرم سائر العقود الأخرى غير البيع والصناعات كلها ممن تلزمه الجمعة بعد الشروع في النداء الثاني للجمعة؛ لأنها تشغل عن الصلاة وتكون ذريعة لفواتها[3].

10 ـ بيع العنب لعاصره خمراً وبيع السلاح في الفتنة:

أو لأهل الحرب أو لقطاع الطريق إذا علم البائع ذلك من مشتريه لو

(1) المغني 215/4، كشاف القناع 173/3، مغني المحتاج 36/2-37.
(2) تبصرة الحكام لابن فرحون بهامش فتح العلي 378/2.
(3) كشاف القناع 169/3 ومابعدها.

بقرائن: حكمه أنه باطل عند المالكية والحنابلة: لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: 2] وسداً للذرائع؛ لأن ما يتوصل به إلى الحرام حرام، ولو بالقصد أو النيّة.

والبيع صحيح مكروه تحريماً عندالحنفية، لاستيفاء شروطه وأركانه الشرعية، وحرام عند الشافعية؛ لأن النهي عن هذه البيوع فيما عدا البيع للحربيين لا يقتضي البطلان، أما بيع السلاح للحربيين فهو باطل عند الشافعية لتقوّيهم به على المسلمين واستعانتهم به على قتالهم[1].

11 - بيع الطعام قبل قبضه:

هذا البيع باطل عند الجمهور، فاسد عند الحنفية، وخصص المالكية المنع في الطعام، ربوياً كان أو غير ربوي؛ لماأخرجه أصحاب الكتب الستة إلا ابن ماجه من حديث ابن عبَّاس: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه».

وقصر الحنابلة المنع على الطعام المكيل أوالموزون أو المعدود، لما أخرجه أحمد ومسلم من حديث جابر: «إذا ابتعت طعاماً، فلا تبعه حتى تستوفيه».

وأخرجه ابن ماجه والدارقطني بلفظ «نهى النَّبي ﷺ عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان: صاع البائع وصاع المشتري».

وعلة منع بيع الطعام قبل قبضه عند المالكية: هي أنه قد يتخذ البيع ذريعة للتوصل إلى ربا النسيئة (الأجل) فهو شبيه ببيع الطعام بالطعام نسيئة، فيحرم سداً للذرائع. والعلة عند الحنابلة: هي الغَرَر.

ولا يجوز في مذهب الشافعية بيع الشيء مطلقاً طعاماً أو غير طعام قبل القبض، لعموم النهي في حديث زيد بن ثابت الذي أخرجه أبو داود

---

(1) مغني المحتاج 2/37-38.

والدارقطني: «نهى النَّبي ﷺ أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم».

وذهب الحنفية إلى أنه لا يجوز التصرف في المبيع المنقول قبل القبض، ويكون البيع فاسداً؛ لأن النَّبي ﷺ في حديث زيد المتقدم نهى عن بيع مالم يقبض، والنهي يوجب فساد المنهي عنه، ولأن هذا البيع مشتمل على الغرَر. لاحتمال فسخه بهلاك المبيع المعقود عليه قبل القبض، وقد نهى النَّبي ﷺ عن بيع الغرر كما تقدم، فعلة المنع: هي الغرر كما ذكر الحنابلة. ولكن أجاز الشيخان (أبو حنيفة وأبو يوسف) بيع العقار استحساناً قبل القبض، عملاً بعمومات أدلة جوازالبيع مطلقاً، ولا يجوز تخصيص عموم الكتاب بخبر الواحد، ولأن العقار مأمون التغير أو التعرض للهلاك غالباً، فلم يكن بيعه مشتملاً على الغرر.

12 ـ البيعتان في بيعة:

إذا كانت البيعتان حاصلتين في بيعة واحدة، أو ناشئتين بسبب بيعة واحدة والبيع باتّ فيهما أو في أحدهما، كانت الصفقة فاسدة أو باطلة عند المالكية، والشافعية، والحنابلة، وفاسدة عند الحنفية، للنهي عن ذلك، بسبب الجهل بالثمن حال العقد، كأن يقول رجل لآخر: بعتك منزلي على أن تبيعني فرسك، أو يقول: بعتك بألفين نسيئة وبألف نقداً.

ودليلهم: ما رواه أحمد، والنسائي، والترمذي وصححه عن أبي هريرة: «نهى النَّبي ﷺ عن بيعتين في بيعة».

ورواه أحمد عن ابن مسعود بلفظ «نهى النَّبي ﷺ عن صفقتين في صفقة».

فإن كان ذلك على الخيار في البيعتين، فقبل المشتري إحدى البيعتين بعينها نقداً، أو مؤجلاً أو مقسطاً، بأن قال: قبلت نقداً، أو قال: قبلت مؤجلاً لأجل معين، ولو بسعر أكثر من السعر النقدي، جاز البيع.

وفسَّر ابن جُزَي المالكي البيعتين في بيعة بقوله: هو أن يبيع مثموناً واحداً بأحد ثمنين مختلفين، أو يبيع أحد مثمونين بثمن واحد، فالأول أن يقول: بعتك هذا الثوب بعشرة نقداً أو بعشرين إلى أجل، على أن البيع قد لزم في أحدهما. والثاني أن يقول: بعتك أحد هذين الثوبين بكذا على أن البيع قد لزم في أحدهما. والصورتان من أنواع بيوع الغرر العشرة الممنوعة[1].

وأضاف ابن جُزَي (ص 260) نوعاً عاشراً من البيوع الفاسدة في مذهبه: وهو الجمع في صفقة واحدة بين البيع وبين أحد ستة عقود: وهي الجعالة، والصرف، والمساقاة، والشركة، والنكاح، والقراض. فذلك ممنوع في المشهور، وأجازه أشهب وفاقاً لأبي حنيفة والشافعي.

وإذا اشتملت الصفقة على حلال وحرام، كالعقد على سلعة وخمر، أو خنزير أو غير ذلك، فالصفقة كلها باطلة. ولو باع الرجل ملكه وملك غيره في صفقة واحدة، صح البيع فيهما، ولزمه في ملكه، وتوقف اللزوم في ملك غيره على إجازة ذلك الغير.

13 ـ البيع وشرط:

وهو بيع الثُّنيا: إذا اقترن البيع بشرط، قال المالكية[2]: الشرط الذي يحصل عند البيع إما أن ينافي المقصود أو يخل بالثمن أو يقتضيه العقد، أو لا يقتضيه ولا ينافيه.

فالشرطان الأخيران لا يضران، والشرطان الأولان يضران، وصح البيع عندهم إن حُذف الشرط المنافض لمقصود العقد أوالمخل بالثمن.

---

(1) القوانين الفقهية: ص 257.

(2) الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه 102/3 ومابعدها، مواهب الجليل والتاج والإكليل بهامشه 374/4 وما بعدها.
=

والشرط الذي يقتضيه العقد: مثل شرط تسليم المبيع. وخلوه من العيب والاستحقاق، وهذا شرط صحيح لا يضر العقد، ولازم له.

والشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه: مثل البيع بشرط تقديم رهن أو كفيل (حميل) ولو غير معين. فإن اشترط عمل به، وإلا فلا، وعلى المشتري تقديم رهن مناسب وكفيل ثقة.

والشرط الذي ينافي المقصود من العقد، أي: مقتضى العقد، كأن باع رجل لآخر دابة بشرط ألا يركبها أو لا يبيعها، أو لا يسكن الدار أو لا يلبس الثوب. وهذا شرط فاسد مفسد للعقد. واستثنوا من ذلك بيع الأمَة بشرط تنجيز العتق. فيجوز الشرط لتشوف الشارع للحرية، وبيع الشيء على أنه صدقة لفلان أو على أن يتصدق به عليه، أو يهبه له، أو يقفه عليه، والتزم المشتري ذلك، فيجوز العقد والشرط.

والشرط الذي يخل بالثمن كبيع بشرط سلف، كما سأبيّن.

ويجوز البيع والشرط إن اشترط البائع منفعة نفسه خلافاً للحنفية وموافقة للحنابلة، كاشتراط سكنى الدار مدة بعد بيعها، بدليل ما ثبت في الصحيح: «أن جابراً باع ناقة لرسول الله ﷺ، واشترط حلابها وظهرها للمدينة» أي: ركوبها إلى المدينة.

ويجوز البيع ويبطل الشرط إن عاد الشرط بخلل في الثمن. مثل: «إن لم تأت بالثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بيننا» فإن قال البائع: «متى جئتك بالثمن رددت إلي المبيع» لم يجز، وجاز عند متأخري الحنفية وهو المعروف ببيع الوفاء: وهو أن يبيع المحتاج إلى النقود عقاراً على أنه متى وفّى الثمن استرد العقار[1].

---

(1) اختلف في بيع الثنيا هل هو بيع أو رهن على قولين، وفائدة الخلاف في الغلة، فمن رأى أنه بيع قال: لا يرد المشتري الغلة، ومن رأى أنه رهن قال: يرد الغلة، وأنه في ضمان البائع في كل بيع ونقص بطرأ عليه من غير سبب =

ويجوز للمرء أن يبيع شيئاً ويستثني منه شيئاً معلوماً كبيع شجر إلا واحدة، وبيع دور إلا واحدة أو بيع أرض إلا جزءاً معلوماً منها. فإن كان استثنى شيئاً مجهولاً لم يصح البيع، للجهالة والغرر، قال جابر: نهى النَّبي ﷺ عن المحاقلة والمزابنة والثُّنيا إلا أن تعلم. والثنيا: الاستثناء في البيع.

وذهب أبو حنيفة إلى تحريم البيع وإفساده بالشرط الفاسد: وهو الذي لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا ورد به الشرع ولا يتعارفه الناس، وإنما فيه منفعة لأحد المتعاقدين، كاشتراط خياطة القماش المشترىٰ. ويصح العقد ويلغو الشرط الباطل: وهو ما كان فيه ضرر لأحد العاقدين، كأن يبيع إنسان شيئاً بشرط ألا يبيعه المشتري أو لا يهبه.

والشافعية كالمالكية في اشتراط الخيار، والأجل، والرهن، والكفالة، وهو صحيح، وفي إفساد البيع أو بطلانه إن كان الشرط منافياً مقتضى العقد، كشرط ألا يبيع المبيع أو لا يهبه.

والحنابلة كالمالكية في أنه لا يبطل البيع بشرط واحد فيه منفعة لأحد العاقدين، لكنهم قالوا: ويبطل بالشرطين، لما أخرجه أبو داود والترمذي وغيرهما عن عبد الله بن عمرو: أن النَّبي ﷺ قال: «لا يحل سلَف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا بيع ما ليس عندك».

البيع والسلف: أجمع العلماء على أنه لا يجوز اشتراط السلف من أحد المتابعين إذا عزم مشترطه عليه، فإن أسقطه جاز البيع عند المالكية، ولم يجز عند بقية الأئمة.

وصور البيع بشرط السلف أربع: وهي أن يقول البائع للمشتري:

= من المشتري، وما كان من سبب المشتري فهو ضامن له، والراجح عند المالكية أن الغلة للمشتري (مواهب الجليل 373/3).

أبيعك هذا على أن تسلفني كذا، أو بشرط أن أسلفك، أو يقول المشتري للبائع: أشتريه منك على أن أسلفك، أو على أن تسلفني كذا. فإن حدث سلف مع البيع من غير شرط ولا عرف، فالراجح الجواز عند المالكية وغيرهم.

ودليل منع البيع بسلف: ما أخرجه أحمد، وأصحاب السنن، والحاكم عن عبد الله بن عمرو، قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يحلّ سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يَضْمن، ولا بيع ما ليس عندك».

قال البغوي: المراد بالسلف هنا القرض، واشتراطه في البيع مفسد له؛ لأنه إنما يقرضه على أن يحابيه في الثمن، مثل أن يقول: أبيعك منزلي هذا بألف على أن تسلفني مائة. والشرطان في بيع أن يقول: بعتك ثوبي بكذا، وعليّ قصارته وخياطته، وهذا فاسد عند أكثر العلماء، وقال أحمد: إنه صحيح إن شرط في البيع شرطاً واحداً، وإن شَرَط شرطين أو أكثر، لم يصح. ومذهب أكثر العلماء: عدم الفرق بين الشرط والشرطين.

وأما قوله: «ولا ربح ما لم يَضْمَن» فمعناه أنه لا يجوز أن يأخذ ربح سلعة لم يضمنها، مثل أن يشتري متاعاً، ويبيعه إلى آخر قبل قبضه من البائع، فهذا البيع باطل، وربحه لا يجوز؛ لأن المبيع في ضمان البائع الأول، وليس في ضمان المشتري منه، لعدم القبض.

وأما قوله: «ولا بيع ما ليس عندك» فيراد به النهي عن بيع ما لا يملكه الإنسان وما لا قدرة له عليه، كالشيء المغصوب الذي لا يقدر على انتزاعه ممن هو في يده. والشيء الذي لا يعرف مكانه، والطير المنفلت الذي لا يعتاد رجوعه، وكل ما ليس حاضراً عند

صاحبه، أو كان غائباً ليس في ملك صاحبه ولا تحت حوزته[1].

الفرق بين بيع وسلف وسلف بمنفعة في مجال الربا وتهمته: هذان النوعان ممنوعان؛ لأنه كثر القصد بهما إلى الربا، ومثال البيع وسلف: أن يبيع شخص سلعتين بدينارين لشهر، ثم يشتري إحداهما بدينار نقداً. ومثال السلف بمنفعة: أن يبيع سلعة بعشرة لشهر، ويشتريها بخمسة نقداً[2]، وهذا هو بيع العينة عند الجمهور، ومن بيوع الآجال عند المالكية.

14 ـ بيع الإنسان على بيع أخيه:

وذلك بعد ركون صاحب السلعة لمن يسومها وتقاربهما: هذا البيع فاسد عند المالكية، والحنابلة، والظاهرية[3] لما فيه من الإيذاء وإثارة العداوة والبغضاء والشحناء بين المشترين، ولنهي النَّبي ﷺ عنه، أخرج أحمد والنسائي عن ابن عمر: أن النَّبي ﷺ قال: «لا يبع أحدكم على بيع أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه، إلا أن يأذن له».

ولفظ النسائي: «لا يبع أحدكم على بيع اخيه حتى يبتاع أو يذَر».

وأخرج أحمد والشيخان عن أبي هريرة: أن النَّبي ﷺ قال: «لا يخطب الرجل على خطبة أخيه، ولا يسوم سومه».

وذهب الحنفية والشافعية إلى صحته وكراهته، لأن النهي عنه لأمر خارج عن طبيعة البيع، فليس النهي لذاته ولا لوصف ملازم له، فيقتضي الكراهة.

هذا ويجوز بيع المزايدة، لما أخرجه أحمد والترمذي عن أنس: أن

---

(1) نيل الأوطار: 155/5، 179-180.
(2) مواهب الجليل والتاج والإكليل 390/4 وما بعدها.
(3) القوانين الفقهية: ص259، نيل الأوطار: 169/5.

النبي ﷺ باع قَدَحاً وحِلْساً فيمن يزيد، والحلس: كساء رقيق يوضع تحت برذعة البعير.

15 ـ بيع الثمار والزروع قبل أن تخلق:

اتفق الفقهاء على أن بيع الثمار أو الزروع قبل أن تخلق لا ينعقد، لأنه من باب النهي عن بيع ما لم يخلقّ، ومن باب بيع السنين والمعاومة. والأول داخل تحت النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان وعن بيع حبَل الحبَلة وبيع الغرر ونحوه.

والثاني ثبت النهي عنه فيما رواه الجماعة إلا ابن ماجه عن جابر بن عبد الله: «أن النَّبي ﷺ نهى عن المحاقلة والمزابنة والمعاومة والمخابرة»[1].

وفي رواية أخرى: «أن النَّبي ﷺ نهى عن بيع السنين» والمعاومة: بيع الشجر أعواماً، والنهي عنه لأنه بيع المعدوم، وقد نهى الرسول ﷺ عن بيع الغرَر، والغرَر: هو ما انطوى عنه أمره، وخفي عليه عاقبته، ونوع الغرر: هو أن المبيع مجهول الوجود قد يظهر وقد لا يظهر، ومجهول المقدار إن وجد.

أما بيع الثمار بعد القطع أو الصرام: فلا خلاف في جوازه.

أما بيع الثمار على الشجر أو بيع الزرع في الأرض بعد أن يخلق، ففيه تفصيل[2]:

---

(1) المحاقلة: بيع الزرع قبل بدو صلاحه أو بيعه في سنبله، والمزابنة: بيع رطب النخل بكيل من التمر، أو بيع العنب بالزبيب. والمعاومة: بيع الشجر أعواماً كثيرة. وبيع السنين: أن يبيع ثمر النخلة لأكثر من سنة في عقد واحد، وهو ممنوع لأنه بيع غرر، لكونه ما لم يوجد. والمخابرة: كراء الأرض، أي: إجارتها بالثلث أو بالربع مثلاً.

(2) المنتقى على الموطأ 217/4، بداية المجتهد 148/4، القوانين الفقهية: ص261.

(أ) إن كان قبل بدو الصلاح بشرط الترك أو البقاء: فلا يصح إجماعاً؛ لأن النَّبي ﷺ: «نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، نهى البائع والمبتاع»[1]. والنهي يقتضي فساد المنهي عنه.

(ب) وإن كان البيع بشرط القطع في الحال: فيصح بالإجماع؛ لأن المنع إنما كان خوفاً من تلف الثمرة وحدوث العاهة فيها قبل أخذها، لحديث أنس بن مالك في رواية البخاري، ومسلم، والموطأ، والنسائي: «أن النَّبي ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى تزهو، فقلنا لأنس: ما زهوها؟ قال تحمّر وتصفرّ، قال: أرأيت إذا منع الله الثمرة، بِمَ يأخذ أحدكم مال أخيه؟!» وهذا مأمون فيما يقطع في الحال، فصح بيعه، كما لو بدا صلاحه.

ويؤيده حديث آخر لابن عمر يدل على عدم جواز بيع الزرع الأخضر في الأرض إلا بشرط القطع في الحال وهو: «أن النَّبي ﷺ نهى عن بيع النخل حتى يزهو[2] وعن بيع السنبل حتى يبيضَّ ويأمن العاهة. نهى البائع والمشتري»[3].

(ج) وإن كان البيع قبل بدو الصلاح مطلقاً دون اشتراط تبقية ولا قطع. فهو باطل؛ لأن النَّبي ﷺ أطلق النهي عن بيع الثمرة قبل بدوّ الصلاح (الزهو) فيدخل فيه هذه الحالة. وإطلاق العقد يقتضي التبقية عرفاً وعادة، فيصير العقد المطلق كالذي شرطت فيه التبقية، يتناولها النهي.

وبدوُّ الصلاح: هو الإزهاء أو ظهور الحمرة أو الصفرة في ثمر

(1) أخرجه الشيخان، وأبو داود، والنسائي، والترمذي والموطأ عن ابن عمر.
(2) زها النخل يزهو: إذا ظهرت ثمرته.
(3) أخرجه البخاري، ومسلم، وأبو داود، والنسائي عن جابر بن عبد الله.

النخل، وظهور الماء الحلو واللين والاصفرار في ثمر كروم العنب، وفيما عدا ذلك أن يبدو النضج. وفي الزروع والحبوب يعتبر اشتدادها، بدليل: أن النَّبي ﷺ: «نهى عن بيع الثمر حتى يطيب»[1] ونهى أيضاً عن بيع الثمار حتى تُزْهِيَ، قيل: وما زهوها؟ قال: تحمارُّ وتصفَارُّ[2] ونهى عن بيع العنب حتى يسودّ[3].

ويرى المالكية: أنه إن بدا الصلاح في صنف من أصناف الثمار، جاز بيع جميع ما في البساتين المجاورة، ولا يجوز بيع صنف لم يبد صلاحه، ببدو صلاح صنف آخر.

بيع الثمار والزروع المتلاحقة الظهور:

إذا بيع ثمر أو زرع بعد بدو الصلاح ولو بعضه، وكان يغلب تلاحقه واختلاط حادثه بالموجود، كتين وقثاء وخيار، وموز وورد، وبطيخ وباذنجان وقرع، فقال المالكية ومتأخرو الحنفية وابن تيمية، وابن القيِّم: يصح البيع عملاً بحسن الظن بالله تعالى، وبمسامحة الإنسان لأخيه بجزء من الثمن المقابل للذي يخرجه الله تعالى من الثمر، ولتعارف الناس واعتيادهم به، ولأنه يشق تمييز بعض الثمرة عن بعض، فجعل ما لم يظهر تبعاً لما ظهر، كما أن ما لم يبد صلاحه تبع لما بدا[4].

---

(1) أخرجه البخاري، ومسلم، والموطأ، والنسائي عن أنس.
(2) أخرجه أحمد والشيخان عن أنس، وأراد بذلك حمرة وصفرة كاملة غير لامعة.
(3) أخرجه أصحاب السنن ما عدا النسائي عن أنس.
(4) بداية المجتهد 156/2، بلغة السالك 79/2، المنتقى على الموطأ 219/4، القوانين الفقهية: ص261، أعلام الموقعين12/2، ط محي الدين عبد الحميد.

واقتصر بقية الأئمة على تجويز بيع ما ظهر من الخارج الأول، دون ما يخلق بعد، للجهالة والعجز عن التسليم.

وأباح المالكية، والحنفية، والحنابلة، والظاهرية بيع الحب في سنبله، والحنطة في سنبلها مع السنبل نفسه، ولا يجوز بدون السنبل اتفاقاً؛ لأنه بيع ما لم تعلم صفته ولا كثرته. ودليله الحديث المتقدم: أن النَّبي ﷺ: «نهى عن بيع النخل حتى يزهو، وعن بيع السنبل حتى يبيضّ، ويأمن العاهة، نهى البائع والمبتاع».

والمعقول: هو أنه إذا اشتد الحب بدا صلاحه، فصار كالثمرة إذا بدا صلاحها. وإذا اشتد شيء من الحب، جاز بيع جميع ما في البستان من نوعه، كالشجرة إذا بدا الصلاح في شيء منها[1].

ولم يجز الشافعية في الأصح بيع الحب مع السنبل لاستتاره، ولأنه من باب الغرر.

الجوائح:

قال المالكية: من اشترى ثمراً، فأصابته جائحة، فإنه يوضع عنه من الثمن مقدار ما أصابته الجائحة، خلافاً لبقية المذاهب، ودليل المالكية: ما رواه مسلم: أن النَّبي ﷺ أمر بوضع الجوائح، وفي لفظ قال: «إن بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ من ثمنه شيئاً، بمَ تأخذ مال أخيك بغير حق؟!» وحمل الجمهور ذلك على الندب والاستحباب.

وإنما يوضع بشرطين:

أحدهما ـ أن تكون الجائحة من غير فعل بني آدم كالقحط، وكثرة

---

(1) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي 16/3، المنتقى 220/4، بداية المجتهد 151/2، المحلى 395/8، المغني 83/4.

المطر، والبرد، والريح، والجراد وغير ذلك. واختلفوا في الجيش والسارق.

الثاني - أن تصيب الجائحة ثلث الثمر فأكثر. وقال أشهب، ثلث قيمتها. فإن أصابت أقل من الثلث لم يوضع عن المشتري شيء، وإذا أصابت الثلث فأكثر، لزم المشتري قيمتها بعد حط ما أصابت الجائحة.

وإذا كانت الجائحة من العطش فيوضع قليلها وكثيرها، سواء بلغت الثلث أم لا.

وإذا كانت الجائحة في البقل، فيوضع قليلها وكثيرها.

وإذا بيع زرع بعد أن يبس واشتد، أو ثمر بعد تمام صلاح جميعه واستحقاقه للقطع ولم يكن في تبقيته فائدة، ثم أصابته جائحة، لم يوضع منها شيء.

وإذا كان المبيع من الثمار أجناساً مختلفة، كالعنب والتين في صفقة واحدة، فأصابت الجائحة صنفاً منها، وسلم سائرها، فجائحة كلّ جنس معتبرة بنفسه، فإن بلغت ثلثه وضعت، وإن قصرت عنه لم توضع[1].

بيع الآجال وبيع العِينَة:

فرّق المالكية[2] بين النوعين، فقالوا: بيوع الآجال: هي بيع المشتري ما اشتراه لبائعه أو لوكيله لأجل. وبيع العينة: أن يقول شخص لآخر: اشتر سلعة بعشرة نقداً، وأنا آخذها منك باثني عشر لأجل. قال في التوضيح (كتاب مالكي): وهل كل من لفظتي البيوع والآجال باق على دلالته، أو سلبت دلالة كل واحد. وصار المجموع اسماً لما ذكر

---

(1) القوانين الفقهية ص 262 وما بعدها.

(2) مواهب الجليل 389/4، الشرح الكبير 76/3، 88، الشرح الصغير - 132 116/3.

فيه احتمالان، والثاني أظهر. وسميت بهذا الاسم لاشتمالها دائماً على الأجل، وهي ما تكرر فيه البيع من العاقدين مرة ثانية.

ووجه المناسبة بين بيع الآجال وبيع العينة: التحيل على دفع قليل في كثير. وسمي بيع العِينَة بذلك على أنها في معنى بيوع الآجال، وهو رأي غير المالكية، لأن مشتري السلعة إلى أجل يأخذ بدلها عيناً، أي نقداً حاضراً، وأما عند المالكية فسميت بذلك لاستعانة البائع بالمشتري على تحصيل مقصوده من دفع قليل ليأخذ عنه كثيراً. وأهل العينة: قوم نصبوا أنفسهم لطلب شراء السلع منهم، وليست عندهم، فيذهبون إلى التجار، فيشترونها منهم ثم يبيعونها لمن طلبها، فهي بيع من طلبت منه سلعة قبل ملكه إياها لطالبها بعد شرائها، وهذا جائز خلاف الأولى، لما فيه من التحيل على دفع يعود عليه كثير.

وبيوع الآجال فاسدة عند المالكية والحنابلة، لأنها تتخذ في الغالب جسراً للوصول إلى الربا، كأن يبيع شخص سلعة لآخر بثمن مؤجل، ثم يشتريها منه في الحال بثمن معجل، مثل أن يبيعه كمية سكر أو قطن مثلاً بألف يسدده بعد سنة، ثم يشتري البائع ما باعه من السكر أو القطن في الحال بثمانمائة يدفعها فوراً إلى المشتري الأول الذي صار بائعاً، فيكون الفرق بين الثمنين هو الربا، ويصير البائع الأول مقرضاً ثمانمائة في الحال. ومسترداً ألفاً، فيمنع ذلك سداً للذريعة المؤدية إلى الممنوع؛ لأن ما أدى إلى الواجب واجب، وما أدى إلى الحرام حرام، ولو لم يقصد الحرام بالفعل، فالغرض الفاسد: هو الباعث على العقد، فيبطله.

وهي تشبه حالة البيع وسلف، أو حالة البيع المؤدية إلى السلف بمنفعة.

والبيع والسلف: بيع جائز في الظاهر ممنوع في الباطن، كأن يبيع سلعتين بدينارين لشهر، ثم يشتري إحداهما بدينار نقداً، فآل حال البائع

إلى أنه خرج من يده سلعة ودينار نقداً، أخذ عنهما عند حلول الأجل دينارين، أحدهما عن السلعة، وهو بيع، والآخر عن الدينار وهو سلف.

والسلف بمنفعة: أي: البيع المؤدي إلى ذلك، مثل أن يبيع سلعة بعشرة إلى شهر، ويشتريها بخمسة نقداً، فآل الحال عند البائع لدفع خمسة نقداً يأخذ عنها بعد الأجل عشرة. وهو بمعنى بيع العِينَة عند غير المالكية.

وبيع العِينَة الممنوع عند المالكية: أن يقول الطالب: اشتر سلعة بعشرة نقداً، وأنا آخذها منك باثني عشر لأجل. ومنعه لما فيه من تهمة سلف جر نفعاً؛ لأنه يصبح كأنه سلّفه ثمن السلعة، ويأخذ عنها بعد الأجل اثني عشر، وهذ سحت، أي: كسب ما لا يحل. ويفسخ البيع الثاني وهو الاثنا عشر لأجل؛ لأنه ذريعة إلى الربا، وبه يتوصل إلى إباحة ما نهى الله عنه، فلا يصح.

ودليل بطلان بيوع الأجل وبيع العِينَة إضافة لسد الذرائع: ما أخرجه الدارقطني، والإمام أحمد في مسنده عن عائشة رضي الله عنها: أن العالية بنت أيفع، قالت: «دخلت أنا وأم ولد زيد بن أرقم وامرأته على عائشة رضي الله عنها، فقالت أم ولد زيد بن أرقم: «إني بعت غلاماً من زيد بن أرقم بثمانمائة درهم إلى العطاء، ثم اشتريته منه بستمائة درهم - أي حالّة - فقالت عائشة: بئسما شريت وبئسما اشتريت، أبلغي زيداً أنه أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب»[1].

وأخرج أحمد، وأبو داود، والطبراني عن ابن عمر: أن النبي ﷺ قال: «إذا ضنَّ الناس بالدينار والدرهم، وتبايعوا بالعِينَة، واتبعوا أذناب البقر - اشتغلوا بالزراعة - وتركوا الجهاد في سبيل الله، أنزل الله بهم

---

(1) رُوي عن الإمام الشافعي أنه لا يصح هذا الحديث (جامع الأصول 478/1).

بلاء، فلا يرفعه حتى يراجعوا دينهم»[1].

أنواع بيع العِينَة:

بيع العِينَة في مذهب المالكية ثلاثة أنواع: جائز، ومكروه، وممنوع[2].

الأول ـ الممنوع: أن يقول رجل لآخر: اشتر لي سلعة بكذا، وأربحك فيها كذا، مثل أن يقول: اشترها بعشرة، وأعطيك فيها خمسة عشر، إلى أجل. فإن هذا يؤول في رأي الإمام مالك إلى الربا؛ لأن مذهب مالك النظر إلى ما خرج عن اليد، ودخل فيه، ويلغي الوسائط، فكأن هذا الرجل أعطى لشخص عشرة دنانير، وأخذ منه خمسة عشر ديناراً إلى أجل، والسلعة واسطة ملغاة، و لا يجوز العقد لما فيه من سلف جر نفعاً، ويفسخ البيع الثاني بخمسة عشر لأجل.

الثاني ـ المكروه غير الحرام: أن يقول: اشتر لي سلعة، وأنا أربحك فيها، ولم يسمّ الثمن، أي: لم يعين مقدار الربح، فإن صرح بقدره حرم.

الثالث ـ الجائز: أن يطلب شخص السلعة عنده فلا يجدها، ثم يشتريها الآخر من غير أمره، ويقول: قد اشتريت السلعة التي طلبت مني، فاشترها مني إن شئت، فيجوز أن يبيعها نقداً أو نسيئة بمثل ما اشتراها به أو أقل أو أكثر، ويشمل هذا النوع ما قلنا عنه في بيع أهل العينة: إنه جائز خلاف الأولى: وهو بيع من طلبت منه سلعة

---

(1) قال الذهبي: إن هذا الحديث من مناكير عطاء الخراساني (نيل الأوطار 206/5).

(2) مواهب الجليل 404/4 ومابعدها، الشرح الكبير 88/3 وما بعدها، القوانين الفقهية: ص 258.

للشراء، وليست عنده، لطالبها[1] المشتري، بعد شرائها لنفسه من آخر، فيجوز بيعها له بثمن حالّ أو مؤجل أو بعضها حالّ وبعضه مؤجل.

وذهب أبو حنيفة: إلى أن بيع العينة عقد فاسد إن خلا من توسط شخص ثالث بين المالك المقرض والمشتري المقترض؛ لأن الثمن إذا لم يستوفَ من المشتري الأول لم يتم البيع الأول، فيصير البيع الثاني مبنياً عليه، وليس للبائع الأول أن يشتري شيئاً ممن لم يمتلكه بعد، فيكون البيع الثاني فاسداً.

ويجوز البيع الثاني إن توسط شخص ثالث بين المتعاقدين، بأن يشتري السلعة بثمن حالّ من مريد الاقتراض، بعد أن اشتراها بكذا من مالكها المقرض، ثم يبيعها للمالك الأول بالثمن الذي اشترى به، فيكون الفرق جائزاً له، وإن كان هناك زيادة بين ثمن مبيع العقدين[2].

وذهب الشافعي وداود الظاهري إلى صحة عقد بيع العينة في الظاهر مع الكراهة، لتوافر ركنه وهو الإيجاب والقبول الصحيحان، ولا عبرة في إبطال العقد بالنية التي لا نعرفها، لعدم وجود ما يدل عليها، أي: إن القصد المؤثم يرجع أمره إلى الله، والحكم على ظاهر العقد شيء آخر، فيحمل العقد على عدم التهمة. وهذا لأن الشافعي لا يأخذ بمبدأ سد الذرائع في العقود[3].

17 ـ بيع المجهول:

هذا بيع فاسد باتفاق المذاهب إذا كانت الجهالة فاحشة، وتغتفر الجهالة اليسيرة أو الغرر اليسير في العقود للضرورة إجماعاً، كجهالة أساس الدار المبيعة، فإنه لا يعلم عمقه ولا عرضه ولا متانته، والإجارة

(1) متعلق بكلمة «بيع».
(2) فتح القدير 207/5 وما بعدها، رد المحتار لابن عابدين 255/4، 291.
(3) الميزان الكبرى للشعراني 70/2. إرشاد الفحول للشوكاني: ص 217.

مشاهرة من غير معرفة نقصان الشهور، والبدلة أو الجبة المحشوة، واللحاف المحشو[1] والشرب من السقاء مع اختلاف الشرب، ودخول الحمام مع اختلاف الاغتسال[2].

وتفصيل مذهب المالكية في بيع المجهول ما يأتي: لا يجوز بيع عين مجهولة كثوب من أثواب أو من ثوبين، ولا بيع بثمن مجهول، ولا بثمن مؤجل إلى أجل مجهول ونحوه، يكون البيع باطلاً، لوجود الغرر بسبب الجهالة، وقد نهى الرسول ﷺ عن بيع الغرر. كما تقدم.

ولكن يجوز البيع إلى الحصاد أو الجداد أو العصير أو خروج الحاج أو عيد الميلاد ونحوه؛ لأنها آجال معروفة بين الناس.

ويجوز البيع مع خيار التعيين، وسموه بيع الاختيار، بشرط اتحاد جنس المبيعين وصنفهما واتحاد الثمن، فلو وجد اختلاف لم يصح البيع[3].

18 ـ البيوع الربوية:

فاسدة عندالحنفية، باطلة عند بقية المذاهب، ولا خلاف في حرمتها، سواء أكان الربا ربا فضل أم ربا نسيئة، للنهي الثابت عنه في القرآن والسنة النبوية الصحيحة.

وربا الفضل: هو الزيادة في أحد العوضين من غير مقابل عند بيع العين (الذهب أو الفضة) بجنسها، أو الطعام الربوي بجنسه مناجزة، كبيع دينار بدينارين، وصاع قمح بصاعين.

وربا النسيئة أو النساء: هو بيع العين بالعين (النقد بالنقد) أو الطعام

---

(1) أما حشو الطراحة فلا بد من نظره، ولا يغتفر الغرر فيه لكثرته.

(2) الشرح الصغير 95/3.

(3) الفروق للقرافي 265/3، تهذيب الفروق بهامشه 270/3 ومابعدها.

بالطعام إلى أجل، سواء اتحد الجنس أو اختلف، وسواء كان الطعام ربوياً (فيه زيادة) أو غير ربوي (تماثل المقدار) كبيع دينار بدينار، أو بدراهم، أو بيع صاع شعير بصاع شعير أو قمح إلى أجل.

* * *

الرِّبَا

تعريفه وتحريمه، أنواعه، علة الربا عند الفقهاء، بيع الحيوان بلحم، وبيع الرطب باليابس، وبيع الدقيق بمثله أو الحب.

تعريف الرِّبا:

الرِّبا في اللغة: الزيادة، والمراد به هنا: الزيادة على أصل رأس المال، سواء كانت قليلة أو كثيرة، إذا كانت مشروطة في العقد أو متعارفاً عليها، قال الله تعالى: ﴿وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ [البقرة: 279].

حكمه وأدلته وحكمته:

الرِّبا حرام في جميع الأديان، ومحرم في ديننا الإسلامي بالقرآن والسنَّة والإجماع، وكان تحريمه سنة ثمان أو تسع من الهجرة:

أما القرآن: فقوله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ ٱلرِّبَوٰاْ لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ ٱلَّذِى يَتَخَبَّطُهُ ٱلشَّيْطَٰنُ مِنَ ٱلْمَسِّ﴾ [البقرة: 275] ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: 275] ﴿يَمْحَقُ ٱللَّهُ ٱلرِّبَوٰاْ وَيُرْبِى ٱلصَّدَقَٰتِ﴾ [البقرة: 276] ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِىَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓاْ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ ۝٢٧٨ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُواْ فَأْذَنُواْ بِحَرْبٍ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ ۖ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾[1] [البقرة: 278 ـ 279].

---

(1) الآيات من سورة البقرة (275 - 279).

وأما السنَّة: فأحاديث كثيرة، منها: «اجتنبوا السبع الموبقات، ومنها أكل الرِّبا»[1].

وأخرج أبو داود وغيره عن ابن مسعود رضي الله عنه قال: «لعن رسول الله ﷺ آكل الرِّبا وموكله وشاهده وكاتبه» وقال: «هم سواء».

وأخرج أحمد والبخاري عن أبي سعيد الخدري رضي الله قال: قال رسول الله ﷺ «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبرّ بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح مثلاً بمثل، يداً بيد، فمن زاد أو استزاد فقد أربى، الآخذ والمعطي سواء»[2].

وأخرج أحمد ومسلم وغيرهما عن عُبادة بن الصَّامت رضي الله عنه، عن النَّبي ﷺ قال: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والْبرّ بالبُرّ، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح مثلاً بمثل، سواءً بسواء، يداً بيد، فإذا اختلف هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يداً بيد»[3].

وأما الإجماع: فأجمعت الأمة على أن الرِّبا محرم، قال الماوردي: «إنه لم يحل في شريعة قط» لقوله تعالى عن اليهود وغيرهم: ﴿وَأَخْذِهِمُ الرِّبَوٰا۟ وَقَدْ نُهُوا۟ عَنْهُ﴾ [النساء: 161] يعني: في الكتب السابقة.

وسبب تحريم الرِّبا في كلِّ دين سماوي: ما فيه من ضرر واستغلال وأكل أموال الناس بالباطل، ومن دون عمل أو جهد، فهو يقضي على روح التعاون بين الناس، ويؤدي إلى العداوة والبغضاء، ويكون سبباً في تضخم الثروات والتضخم النقدي، دون جهد مبذول ولا عمل أو كسب

(1) أخرجه مسلم عن أبي هريرة.
(2) نيل الأوطار 190/5.
(3) المرجع السابق: ص 193.

مقبول، وهو من أفحش عيوب الرأسمالية والاستعمار البغيض، وهو في صالح الدول المتقدمة دائماً، وضد مصالح الدول النامية أو المتخلفة.

ولا يبارك الله فيه إطلاقاً لا للمرابي آكل الرِّبا، فقد قال لي أستاذ اقتصاد: «كلّ هذه البنوك في حالة إفلاس حقيقي واقعي، ولا تغرنك مظاهر البناء الضخم وسيولة المال». كما لا يبارك فيه لآخذ القروض الربوية من المصاريف العقارية والصناعية والزراعية؛ بسبب الفوائد المتراكمة والمركبة، والتي تكاد تصير مثل أصل مبلغ القرض، وينطبق عليه تماماً حال آكل الرِّبا أضعافاً مضاعفة الذي كان في الجاهلية، ولدي أمثلة كثيرة من أحوال هؤلاء الذين اقترضوا من المصارف، وعادوا فقراء مديونين، وزُجّ بهم في قيعان السجون، لعجزهم عن سداد القروض وفوائدها المتراكمة مع مرور السنين، وهذا مصداق قوله تعالى: ﴿وَمَآ ءَاتَيْتُم مِّن رِّبًا لِّيَرْبُوَاْ فِىٓ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ فَلَا يَرْبُواْ عِندَ ٱللَّهِ وَمَآ ءَاتَيْتُم مِّن زَكَوٰةٍ تُرِيدُونَ وَجْهَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُضْعِفُونَ﴾ [الروم: 39].

أنواعه:

الرِّبا إما أن يكون عن طريق البيع، أو القرض. أما ربا القرض: فهو ناشىء عن كلّ قرض مشروط فيه جرّ نفع أو تعارفه الناس، ويمكن جعله من ربا الفضل.

وأما ربا البيوع: فهو نوعان: ربا الفضل وربا النسيئة[1]، أي: الرِّبا الناشىء بسبب الزيادة في أحد العوضين زيادة مادية فعلية، أو بسبب وجود الزيادة مقابل مرور الزمن، وإن لم تكن هناك ظاهرية، وإنما اتحد المقدار أو الكمية، وكلا النوعين حرام بنص الحديثين السابقين عن أبي سعيد وعبادة.

وربا الفضل: هو بيع النقد بالنقد أو الطعام بالطعام مع الزيادة.

---

(1) أي الربا الذي يكون بسبب التأجيل أو التأخير لزمن في المستقبل.

والنقد يشمل الذهب والفضة والنقود الورقية. وقد حرّم سداً للذرائع، أي: حتى لا يكون طريقاً لربا النسيئة، ودفعاً للغبن عن الناس وعدم الإضرار بهم، مما قد يظن بأن في أحد الجنسين معنى زائداً عن الآخر.

وربا النسيئة: هو الزيادة المأخوذة بسبب تأجيل الدَّين المستحق إلى وقت في المستقبل، سواء أكان الدَّين ثمن مبيع أم قرضاً. فإذا كانت الزيادة فعلية كصاع حنطة بصاعين، فأمر الرِّبا واضح، وإذا تمت المبادلة دون زيادة ظاهرية، كصاع شعير في الحال بصاع شعير في المستقبل، كانت الزيادة مختفية في القيمة؛ لأن المعجل خير من المؤجل، والشيء المعين خير من الدَّين في الذمة.

وربا النسيئة: هو الرِّبا الجلي الذي كان العرب يفعلونه في الجاهلية، فيقول الدائن للمدين العاجز عن دفع الدَّين عند حلول الأجل: أتقضي أم تربي؟ وهذا هو الربح المركب في المصارف (البنوك) الحالية، فإذا لم يوفِّ المدين الدَّين، قال له المقرض (الدائن): أزيدك في الأجل، وتزيدني في الرِّبا (أو الفائدة).

ويلاحظ أن جيد مال الربا ورديئه سواء، فلا يجوز بيع الجيد بالرديء من الأموال الربوية إلا مثلاً بمثل؛ لأن الجودة ساقطة في الأموال الربوية، والقاعدة الشرعية تقول «جيدها ورديئها سواء» سداً للذرائع.

ولا فرق أيضاً في الذهب والفضة بين التبر (السبائك) غير المصنوع وبين المسكوك المصنوع، والقاعدة الفقهية في الدراهم والدنانير: «تبرها وعينها سواء» فلا تقابل الصنعة بشيء عند مبادلة الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة، حتى لا تتخذ الصنعة ساتراً للربا. والحل: هو بيع الذهب في عصرنا بالنقود الورقية، ثم يشتري بالورق النقدي المصوغات والحلي المطلوبة، بشرط التقابض في المجلس والحلول، وعدم تأجيل شيء من الثمن للمستقبل.

وحكمة تحريم ربا النسيئة: ما فيه من إرهاق المضطرين، والقضاء على عوامل الرفق والرحمة، وإبعاد روح التعاون والتناصر بين الناس، واستغلال القوي حاجة الضعيف، وإلحاق الضرر العظيم بالمحتاجين.

وربا المصارف الحالية: هو من ربا النسيئة، وهو الذي يقع كثيراً في الحياة العملية، فقد أصبح الرّبا في عرف الناس لا يطلق إلا على ربح المال عند تأخيره، وهو ربا النسيئة الذي كان أهل الجاهلية العربية يفعلونه، لذا جاء الحديث النبوي الذي يرويه الشيخان عن أسامة: «لا ربا إلا في النسيئة» لبيان خطر هذا النوع والتحذير من فعله وكثرة وقوعه، وليس القصد حصر الربا في هذا النوع.

وأما ربا الفضل: فهو نادر الحصول، ولا يقدم عليه الناس إذا باعوا درهماً بدرهمين مثلاً (أي: عند اتحاد الجنس) إلا للتفاوت الذي بين النوعين، إما في الجودة، وإما في السّكة والصنعة، وإما في الثقل والخفة وغير ذلك، فإنهم تدرجوا بالربح المعجل في هذا العقد إلى الربح المؤخر، وهو عين ربا النسيئة، فيحرم ربا الفضل عند اتحاد الجنس كما في المثال السابق، أو عند اختلاف الجنس كبيع قمح بشعير أحدهما معجل والآخر مؤجل، سداً للذرائع، حتى لا يتخذ جواز التفاضل عند اختلاف الجنس ذريعة أو وسيلة لربا النسيئة. كأن يقترض الشخص ذهباً مثلاً إلى أجل، ثم يوفي فضة أكثر منه بقدر الربا المراد.

وقد لا يكون سبب تحريم ربا الفضل هو سد الذرائع، مثل أخذ كثير الرديء في قليل جيد. فزيادة الرديء تقابل بجودة الجيد، وهو مع ذلك حرام؛ لأن هناك غرراً كبيراً، لا يعلم معه أيهما غبن.

بيع الأموال الربوية دون ربا:

يصح تبادل الأموال الربوية بشرطين:

1 - التساوي في الكمية والمقدار (المماثلة) دون نظر للجودة والرداءة:

وهذا منصوص عليه في الحديث السابق عن أبي سعيد وعُبادة: «مِثْلاً بمثل، سواء بسواء» وفي حديث آخر أخرجه مسلم: أن رجلاً جاء إلى النَّبي ﷺ بشيء من التمر (جيد) فقال له النَّبي ﷺ: ما هذا من تمرنا؟ فقال الرجل: يا رسول الله، بعنا تمرنا صاعين بصاع، فقال ﷺ: ذلك الرِّبا، رُدُّوه، ثم بيعوا تمرنا، ثم اشتروا لنا من هذا».

وأخرج أبو داود عن فضالة قال: أُتِي النَّبي ﷺ بقلادة فيها ذهب وخرز اشتراها رجل بتسعة دنانير أو سبعة، فقال النَّبي ﷺ: لا، حتى تميِّز بينهما، قال: فرده حتى ميَّز بينهما.

2 - التقابض في مجلس العقد أو عدم تأجيل أحد البدلين:

وهذا مأخوذ من الحديث السابق عن أبي سعيد: «يداً بيد».

وفي رواية أخرى: «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل، ولا تُشِفُّوا - تفضلوا - بعضها عن بعض، ولا تبيعوا الوَرِق - الفضة - بالورق إلا مثلاً بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا منهما غائباً بناجز».

فإذا اختلف الجنسان المتبادلان، وكانا من علة واحدة (الثمنية أو الطعام) جاز التفاضل، وحرم النَّساء (التأجيل) كبيع غرام ذهب بغرامين فضة، وصاع قمح بصاعين شعير، فلا يشترط حينئذ التساوي في الكمية، بل يجوز التفاضل، ولكن يحرم تأخير قبض أحد العوضين عن مجلس العقد، بدليل حديث عُبادة المتقدم: «فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم. إذا كان يداً بيد».

وأخرج أبو داود أن النَّبي ﷺ قال: «لا بأس ببيع البُر بالشعير، والشعير أكثرُهما، يداً بيد».

أما إن اختلف الجنسان واختلفت علة كل منهما: فيحل التفاضل والنَّساء (التأجيل) مثل بيع الطعام بالفضة، والمأكولات بالنقود الورقية، يجوز التفاضل والتأجيل، ومثل بيع ثوب بثوبين، وإناء بإناءين، لأن الثياب والأواني ليست من الأموال الربوية.

وما سوى الأموال الربوية (أي: الذهب والفضة والمأكولات) لا يحرم فيه الرِّبا، فيجوز فيه بيع بعضه ببعض متفاضلاً ونسيئة، ويجوز فيه التفرق قبل التقابض، كبيع شاة بشاتين، نسيئة، أو نقداً، وشاة في الحال بشاة نسيئة في المستقبل، لما أخرجه البيهقي عن عبد الله بن عمرو بن العاص: أن رسول الله أمره أن يأخذ قلائص الصدقة (الإبل) البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة[1]. وأخرج الإمام مالك عن عليٍّ كرم الله أنه باع جملاً إلى أجل بعشرين بعيراً. وأخرج مالك والبخاري عن ابن عمر أنه باع بعيراً بأربعة أبعرة.

علة الرِّبا عند الفقهاء:

للفقهاء ثلاثة اتجاهات أو مذاهب في بيان الأموال الربوية: فئة مضيِّقة، وفئة متوسطة، وفئة موسِّعة.

أما الفئة الأولى وهم الظاهرية: فقصرت الربا المحرم على دائرة ضيقة جداً من الأموال الربوية، وهي الأعيان الستة المنصوص عليها فقط في حديث أبي سعيد وعُبادة (الذهب والفضة، والقمح والشعير، والتمر والملح) فهي الأشياء الأساسية التي يحتاج إليها الناس في تعاملهم وأقواتهم، ولا يستغنون عنها، فمنع الرِّبا فيها حتى لا تكون مقصورة في الغالب على التعامل الربوي، ومحجورة الاستعمال أو قليلة في مجال التعامل أو الاستهلاك.

(1) أخرجه أيضاً أحمد، وأبو داود، والدارقطني، والحاكم وصححه.

فالذهب والفضة معيار الأثمان، اللذان تقوَّم بهما أسعار السلع، وبقية الأعيان الأربعة هي مادة الغذاء وأساس القوت الذي تصلح به البنية الإنسانية، وبه قوام الحياة.

فإذا أجاز الشرع الرِّبا في هذه الأشياء، تضرر الناس في معاملاتهم وأطعمتهم، فكان لا بد من منعه رحمة بالناس ورعاية لمصالحهم وحوائجهم.

وأما الفئة الثانية المتوسطة: فإنها حددت دائرة الأموال الربوية في الذهب والفضة لأنهما أثمان الأشياء، وفي الطعام أو القوت، وهم المالكية في القوت، والشافعية في الطعام[1].

وأما الفئة الثالثة الموسّعة: فإنها حرمت الربا في كلّ مكيل أو موزون بجنسه، وهم الحنفية، والحنابلة في ظاهر المذهب[2].

وبناء عليه، ليس للربا علة معينة عند الظاهرية: لأنهم لا يأخذون بمبدأ تعليل الأحكام، ويقصرون الأحكام على ما دل عليه النص الشرعي فقط.

وعلة الربا عند المالكية والشافعية في الذهب والفضة: هي النقدية أو الثمنية، وفي بقية الأصناف الأربعة العلة في تحريم ربا النسيئة عند المالكية هي المطعومية على غير وجه التداوي، وفي تحريم ربا الفضل هي القوت والادخار، أي: لا يفسد بتأخيره مدة من الزمن لا حدّ لها في ظاهر المذهب، كالحبوب، والتمور، والزبيب، واللحوم، والألبان وما يصنع منه، والعلة عند الشافعية في نوعي الربا: هي الطعم أو المطعومية، وذلك يشمل كلّ ما يأخذه الإنسان اقتياتاً أو تفكهاً أو

---

(1) مواهب الجليل 346/4، حاشية الدسوقي 47/3، مغني المحتاج 22/2-25، المهذب 272/1. الأم 70/3.

(2) فتح القدير 282/5، المغني 17/4.

تداوياً. فيجري الرِّبا في غير الأعيان الستة المذكورة في الحديث، ويشمل كل ما هو في معناها.

ويظهر الفرق بين المالكية والشافعية: أن الرِّبا لا يجري في الفاكهة والأدوية عندالمالكية، ويجري فيهما عند الشافعية. واتفقوا على وجود الرِّبا في الحبوب كالقمح، والشعير، والذرة، والأرز، والتمر، والزبيب، والبيض، والزيت، وأنواع البقول من عدس، وحِمّص، وتُرْمس، وفول ونحوها.

وعلة الرِّبا عند الحنفية والحنابلة في ربا الفضل: اتحاد الجنس والقَدْر (أي: الكيل أو الوزن) معاً وفي ربا النسيئة أحد وصفي علة ربا الفضل: إما القدر المتفق (الكيل أو الوزن المتفق) أو الجنس المتحد.

وعليه، يجري الرِّبا في غير المطعومات كالقطن والحديد، ويكون ربا الفضل في حالة اتحاد الجنس واتفاق القدر (الكيل أو الوزن) معاً، مثل بيع حنطة بحنطة أو شعير بشعير متفاضلين، فكلاهما مكيل. وأما ربا النسيئة فيكون حاصلاً إما عند اتحاد الجنس كتفاحة بتفاحتين، أو شعير بشعير، ولو كان البدلان متساويين، وإما عند وجود القدر المتفق، أي: الكيل أو الوزن، سواء أكان البدلان متساويين أم متفاوتين في الكمية والمقدار، كبيع صاع حنطة بصاعين شعير أو صاع حنطة بصاع شعير، أحدهما مؤجل للمستقبل، والآخر معجل، لعدم تحقق التقابض في مجلس العقد. وهذا يدل على أن علة ربا النسيئة إما الجنس المتحد أو القدر المتفق. وما عدا المكيل والموزون كالمعدود لا ربا فيه عند هؤلاء.

وكلّ ما سوى الذهب والفضة والمأكول والمشروب: لا يحرم فيه الربا عند الشافعية، فيجوز بيع بعضه ببعض متفاضلاً ونسيئة، ويجوز فيه التفرق قبل التقابض.

بيع الحيوان بلحم:

أجاز أبو حنيفة وأبو يوسُف بيع حيوان يؤكل بلحم من جنسه؛ لأنه بيع ما هو موزون بما ليس بموزون، وهو جائز كيفما كان بشرط التعيين[1].

وذهب الأئمة الآخرون: إلى أنه لا يجوز بيع حيوان بلحم من جنسه، فلا يجوز بيع شاة مذبوحة بشاة حية يقصد منها الأكل، لما رواه مالك في الموطأ عن سعيد بن المسيِّب مرسلاً أن رسول الله نهى عن بيع الحيوان باللحم، وروى البيهقي مرسلاً أيضاً عن النَّبي ﷺ أنه نهى أن يباع حي بميت، ولأن هذا البيع مشتمل على الجهل بالمماثلة، والجهل بالمماثلة كحقيقة المفاضلة[2].

بيع الرطب باليابس:

لا يجوز بيع الرطب باليابس إلا بيع العرايا عند الجمهور غير الحنفية: وهو بيع الرطب بالتمر، والعنب بالزبيب فيما دون خمسة أوسق (653 كغ) كما تقدم، وأهل العرايا: هم الذين لا يملكون النخل، فيشترون الرُّطب الذي يأكلونه في شجرة (ثمرة طازجة) بخرصه تمراً قديماً.

ودليل المنع: ما أخرجه البخاري ومسلم عن ابن عمر قال: نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة، أي: بيع ثمر البستان (الحائط) من النخيل بتمر كيلاً، وإن كان كَرْماً أن يبيعه بزبيب كيلاً، وإن كان زرعاً أن يبيعه بكيل طعام، نهى عن ذلك كله.

---

(1) البدائع 189/5، والدر المختار 192/4.

(2) بداية المجتهد 136/2، حاشية الدسوقي 54/3، المهذب 272/1، المغني 32/4، أعلام الموقعين 145/2، تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص71.

وأخرج مالك والخمسة (أحمد وأصحاب السنن) عن سعد بن وقاص: أن النَّبي ﷺ سئل عن بيع الرطب بالتمر، فقال: أينقص الرطب إذا يبس؟ قالوا نعم، فنهى عن ذلك[1].

أما بيع العرايا: فأخرج أحمد والبخاري عن زيد بن ثابت: أن النَّبي ﷺ رخّص في بيع العرايا أن تباع بخرصها كيلاً[2].

بيع الدقيق بمثله أو بالحب:

أباح الحنفية والحنابلة بيع الدقيق بمثله من نفس الجنس كيلاً، بشرط التساوي في النعومة، ولم يجز ذلك المالكية والشافعية، وإنما يجوز عندهم بشرط التساوي في الوزن. ويجوز عند المالكية بيع قمح بدقيق مأخوذ منه إذا تساويا في الوزن.

ورأى غير المالكية: أنه لا يجوز بيع الدقيق بحب من جنسه كدقيق قمح بقمح، واتفق العلماء على أنه يجوز بيع الدقيق بحب من خلاف جنسه كدقيق قمح بشعير، لاختلاف الجنس إذا كان يداً بيد[3].

أصول الرِّبا:

قال ابن رشد[4]: أصول الربا خمسة: أنظرني أزدك، والتفاضل والنَّساء، وضع وتعجل، وبيع الطعام قبل قبضه.

أما قاعدة «أنظرني أزدك» فهي حرام باتفاق العلماء، وهي أن يكون للرجل دين عند آخر، فيؤخره به على أن يزيده في قدر الدَّين، وقد كان ذلك في الجاهلية، كانوا يسلفون بالزيادة ويُنظرون، فكانوا يقولون

---

(1) نيل الأوطار: 198/5.

(2) المرجع السابق ص 199-200.

(3) البدائع 189/5، حاشية الدسوقي 35/3، مغني المحتاج 23/2، المغني 24/4.

(4) بداية المجتهد 127/2 ومابعدها، انظر القوانين الفقهية: ص 252.

«أنظرني أزدك» وهذا هو الذي عناه عليه الصلاة والسلام بقوله في حجّة الوداع: «ألا وإن ربا الجاهلية موضوع، وأول ربا أضعه: ربا العبّاس بن عبد المطلب».

وهذه القاعدة تشمل أيّ دين طعاماً أو نقداً، نشأ من سلف أو بيع أو غير ذلك، ووسيلة ذلك في البيع: أن يبيع الدائن للمدين سلعة بثمن مؤجل إلى وقت معين، ويشتمل الثمن على زيادة الثمن النقدي.

وأما قاعدة «ضع وتعجّل» فهي حرام أيضاً باتفاق الجمهور؛ لأن نقص ما في الذمة لتعجيل الدفع شبيه بالزيادة؛ لأن المعطي جعل للزمان مقداراً من الثمن بدلاً منه.

ومعنى القاعدة: أن يكون لشخص على آخر دين لم يحل، فيعجله قبل حلوله على أن ينقص منه. ومثل ذلك أن يعجل بعضه، ويؤخر بعضه إلى أجل آخر، وأن يأخذ قبل الأجل بعضه نقداً، وبعضه عرضاً تجارياً. ويجوز ذلك كله بعد الأجل باتفاق، ويجوز أن يعطيه في دينه المؤجل عرضاً قبل الأجل، وإن كانت قيمته أقل من دينه.

البيع لأجل أو بالتقسيط:

أجاز جمهورالعلماء البيع بثمن مؤجل أزيد من الثمن النقدي من أجل التأجيل، لأن للأجل حصة من الثمن، ويجوز كون بعضه معجلاً وبعضه مؤخراً بتراضي العاقدين لعموم أدلة البيع التي تجيزه.

* * *

الخيـارات

الأصل في البيع اللزوم لنقل الملك في أثره، ولكن قد يتفق العاقدان على جعله غير لازم بالخيار، وقد يجعل الشرع العقد غير لازم، مثبتاً الخيار لأحد العاقدين رفقاً بهما، وضماناً لعدالة الصفقة، وتحقيق المساواة بين المتعاقدين.

والخيار:

هو أن يكون للمتعاقد الخيار بين إمضاء العقد وعدم إمضائه بفسخه إن كان الأمر أمر خيار شرط أو رؤية أو عيب، أو أن يختار أحد المبيعين إن كان الأمر أمر خيار التعيين.

والخيارات سبعة عشر خياراً كما ذكر الحنفية[1] لكنني أختار منها أهمها في الحياة العملية.

قال المالكية[2]: الخيار نوعان: خيار التروي، أي: التأمل والنظر للبائعين أو لغيرهما، وهو الذي ينصرف إليه لفظ الخيار عند الإطلاق، وهو خيار الشرط وخيار النقيصة: وهو ما كان موجبه نقصاً في المبيع من عيب واستحقاق، ويسمى الحكمي؛ لأنه جرّ إليه الحكم وهو خيار العيب.

---

(1) الدر المختار 47/4.

(2) الشرح الكبير 91/3، بداية المجتهد 169/2، القوانين الفقهية: ص 272 وما بعدها.

خيار المجلس

هو كما تقدم مشروع عند الشافعية والحنابلة: وهو أن يعطى كلّ من المتبايعين الحق في إمضاء العقد أو فسخه وإلغائه ما داما لم يتفرقا بالأبدان، كالخروج من المنزل الصغير، أو التحول من مجلس إلى آخر بخطوات ثلاث في المنزل الكبير. وليس مشروعاً عند الحنفية والمالكية[1].

وقد أثبته القائلون به في البيع والصلح والحوالة والإجارة وفي كل عقود المعارضات اللازمة التي يقصد منها المال. ويسقط بالإسقاط أو بالموت.

أما العقود اللازمة التي لا يقصد بها العوض المالي كعقد الزواج والخلع، فلا يثبت فيها خيار المجلس، كما لا حاجة لهذا الخيار في العقود غير اللازمة كالشركة والمضاربة والوكالة.

خيار الشرط أو خيار التروي

هو أن يشترط أحد المتبايعين الخيار في مدة معلومة: إن شاء أنفذ البيع في هذه المدة، وإن شاء ألغاه. ويجوز اشتراط الخيار لغير العاقدين. وهو مشروع لمساس الحاجة إليه لدفع الغبن، ولقوله ﷺ لحَبَّان بن منقِذ الذي كان يُغبَن في البيع والشراء ـ فيما يرويه مالك، وأحمد، والبخاري، ومسلم، وأبو داود، والنسائي، والبيهقي، والحاكم

(1) القوانين الفقهية: ص 274.

عن ابن عمر: «إذا بايعت، فقل: لا خِلابة[1]، ولي الخيار ثلاثة أيام»[2].

ولا يثبت الخيار والأجل في البيوع الربوية: وهي عقد الصرف، وبيع النقد بالنقد أو الطعام عند المالكية والشافعية، وبيع المكيل والموزون عند الحنفية والحنابلة؛ لأنه يشترط فيها القبض قبل التفرق بالأبدان، وذكر الخيار أو الأجل ينافي القبض[3].

ويجوز خيار الشرط لدى المالكية بقدر ما تدعو إليه الحاجة، ويختلف ذلك باختلاف المبيعات، ففي بيع الفاكهة التي لا تبقى أكثر من يوم، لا يجوز شرط الخيار فيها أكثر من يوم، وفي بيع الثياب أو الدابة: ثلاثة أيام، وفي بيع الأرض التي لا يمكن الوصول إليها في ثلاثة أيام، يجوز شرط الخيار فيها أكثر من ثلاثة أيام، والدار ونحوها تحتاج مدة شهر.

وأجاز الحنابلة وصاحبا أبي حنيفة اشتراط أيّ مدة معلومة، قليلة أو كثيرة، لأن ابن عمر «أجاز الخيار إلى شهرين» ولأن منشأ الخيار إرادة العاقدين، فكان تقدير مدته إليها كالأجل.

وقصر أبو حنيفة والشافعي مدة الخيار المشروع على ثلاثة أيام، عملاً بالمذكور في حديث حبَّان بن منقذ المتقدم، ولأن الأصل امتناع الخيار، لمخالفته وضع البيع، فإنه يمنع نقل الملك أو لزومه، ولأن الحاجة تتحقق بالثلاث غالباً، فلو زاد عليها فسد البيع عند أبي حنيفة، وبطل عند الشافعي.

ويرى المالكية والحنابلة والصاحبان؛ أنه لا يدخل الليل أو الغد في

---

(1) أي لا خديعة ولا غبن، فلا يحل لك خديعتي، أو لا تلزمني خديعتك.

(2) انظر نيل الأوطار 182/5 وما بعدها.

(3) فتح القدير 372/5 المهذب 258/1.

مدة الخيار إذا شرط الخيار إلى الليل أو إلى الغد؛ لأن لفظ «إلى» موضوع لانتهاء الغاية، فلا يدخل ما بعدها فيما قبلها، كما في قوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾ [البقرة: 187].

وذهب مالك إلى أنه لا يلزم البيع بمضي مدة الخيار، خلافاً لبقية الفقهاء، بل لا بد من اختيار أو إجازة، لأن مدة الخيار جعلت حقاً لصاحب الخيار، لا واجباً فلم يلزم الحكم بنفس مرور الزمان[1].

ويورث الخيار لدى المالكية والشافعية: فإذا مات صاحب الخيار، كان لورثته مثل ما كان له؛ لأن الخيار حق ثابت لضمان صلاحية المال المشترى، فلم يسقط بالموت كالرهن وحبس المبيع على الثمن ونحوهما من الحقوق المالية[2].

هلاك المبيع في مدة الخيار:

يرى المالكية أنه إن هلك المبيع في يد البائع، فلا خلاف في ضمانه إياه، وينفسخ البيع، أما إن هلك في يد المشتري، فالحكم مثل الحكم في الرهن والعارية:

(أ) إن كان المبيع مما يُغاب عليه، أي: يمكن إخفاؤه، كالحلي والثياب، فيضمن المشتري للبائع الأكثر من ثمنه الذي بيع به أو القيمة؛ لأن من حق البائع إمضاء البيع إن كان الثمن أكثر، ورد البيع إن كانت القيمة أكثر، إلا إذا ثبت الهلاك ببيّنة، فلا يضمن المشتري.

(ب) وإن كان المبيع مما لا يغاب عليه، أي: لا يمكن إخفاؤه كالدور والعقارات والحيوان، فالبائع يضمنه، بعد أن يحلف المشتري

---

(1) الشرح الكبير مع الدسوقي 95/3، 98.
(2) بداية المجتهد 209/2، المهذب 259/1، الشرح الصغير 145/3.

حيث اتهمه البائع: لقد ضاع الشيء ولم أفرط، إذا لم يظهر كذب المشتري[1].

حكم الخيار والبيع في المدة:

يجوز في رأي المالكية اشتراط الخيار للبائع أو المشتري أو لكليهما، ولمن اشترط له أن يمضي البيع أو يرده، ما لم تنته مدة الخيار، أو يظهر منه ما يدل على الرضا، وإذا اشترطه العاقدان: فإن اتفقا على إمضائه أو فسخه، وقع ما اتفقا عليه من ذلك، وإن اختلفا في الرد (الفسخ) والإمضاء، فالقول قول من أراد الرد.

ويجوز البيع أيضاً على خيار لشخص آخر غير العاقدين أو رضاه أو مشورته، ولا يتوقف الفسخ بالخيار على حضور الآخر ولا على قضاء القاضي، لأن الآخر لما رضي بالخيار، فكأنه أذن لصاحب الخيار في الفسخ متى شاء، ولأن الفسخ رفع للعقد، فلم يفتقر إلى رضا صاحبه وحضوره[2].

والذي يعد رضا بالبيع من أفعال المتعاقدين ثلاثة أقسام:

الأول ـ ما يعد رضا بالاتفاق، كالتصريح بذلك قولاً.

الثاني ـ ما لا يعد رضا، كركوب الدابة للاختبار ولبس الثوب وشبهه، فوجوده كعدمه.

الثالث ـ مختلف فيه، كرهن المبيع وإجارته والتسوم بالسلعة بعرضها للبيع وشبه ذلك من المحتملات، فيقطع الخيار عند ابن

---

(1) بداية المجتهد 208/2، الشرح الكبير 104/3 وما بعدها، الشرح الصغير 147/3، ويلاحظ أن في بداية المجتهد جعل الضمان مطلقاً على البائع، والمشتري أمين، سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما.

(2) القوانين الفقهية: ص 272.

القاسم، وهو الراجح في المذهب، خلافاً لأشهب[1].

والمبيع في مدة الخيار على ملك البائع، حتى ينقضي زمن الخيار. وإمضاء البيع: معناه نقل المبيع من ملك البائع لملك المشتري، وليس تقريراً للملك؛ لأن المبيع على ملك البائع. وأما المشتري فملكه غير تام إذا كان الخيار للبائع، لاحتمال رده. وعلى هذا فتكون غلة المبيع حاصلة في زمن الخيار للبائع[2].

خيار العيب أو خيار النقيصة

مشروعيته: يحرم على الإنسان أن يبيع سلعة بها عيب، دون بيانه للمشتري، ويثبت للمشتري حينئذ خيار العيب، فهو خيار ثابت بالشرط دلالة؛ لقوله ﷺ من حديث عقبة بن عامر: «المسلم أخو المسلم، لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً، وفيه عيب إلا بيّنه له»[3].

ومرّ النَّبِيُّ ﷺ برجل يبيع طعاماً، فأدخل يده فيه، فإذا هو مبلول، فقال: «من غشَّنا فليس منا»[4].

وعليه، يجب على بائع الشيء بيان ما علمه من عيب سلعته قل أو كثر، وتفصيل العيب وإراءته للمشتري إن كان يُرى كالعور والكي، ولا يجوز له إجمال العيب وإلا كان مدلّساً[5].

حكم البيع لشيء معيب: إذا كان المشتري عالماً بالعيب، كان العقد لازماً، ولا خيار له؛ لأنه رضي به.

---

(1) المرجع السابق: ص 273.
(2) المرجع نفسه، الشرح الكبير 103/3، الشرح الصغير 142/3-146.
(3) رواه أحمد، وابن ماجه، والدارقطني، والحاكم، والطبراني.
(4) رواه أحمد، ومسلم، وأبو داود، والترمذي، وابن ماجه عن أبي هريرة.
(5) الشرح الصغير 163/3.

فإن لم يكن المشتري عالماً به، وقع العقد صحيحاً غير لازم، ويثبت الملك للمشتري في المبيع للحال، ويكون له الخيار عند المالكية بين أن يفسخ البيع ويسترد الثمن الذي دفعه للبائع، وبين أن يرضى بالبيع ويمسك المبيع، ويأخذ من البائع بقدر النقص الحاصل بسبب العيب إذا لم يبلغ الثلث[1].

ومن اشترى بيضاً فاسداً، رجع بكل الثمن على البائع إذا شاء، لعدم مالية المبيع، وليس عليه أن يرده إلى البائع لعدم الفائدة فيه، سواء دلّس البائع أم لا[2].

ضابط العيب: العيب: هو كلّ ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة، ويوجب نقصان الثمن في عرف التجار وعادتهم، كغشاوة العين لعدم تمام البصر، والعَشا (عدم الإبصار ليلاً) والظُّفْر (لحم ينشأ على بياض العين من جهة الأنف إلى سوادها) والعور والعمى، والعرج، والخصاء.

والتغرير الفعلي من البائع كالشرط المصرح به: يرد به المبيع؛ لأنه غرر، بخلاف التغرير القولي، كقوله: اشتر مني هذا الشيء، فإنه جيد، فتبين خلافه، فإن وجد به عيباً منقصاً قيمته، فله الرد، وإلا فلا. ومثال التغرير الفعلي: صبغ الثوب القديم ليوهم أنه جديد، وصقل سيف ليوهم أنه جيد، فيظهر خلافه، وتصرية حيوان (أي: ترك حلبه ليعظم ضرعه، فيظن به كثرة اللبن)[3].

ويرد الحيوان الذي تمت تصريته مع صاع من غالب قوت أهل البلد، إذا كان من الأنعام، وبعد الحلبة الأولى، ويحرم ولا يرد اللبن

---

(1) الشرح الصغير 3/158-166، الشرح الكبير 3/120 وما بعدها.
(2) حاشية الصاوي على الشرح الصغير 3/157.
(3) المرجع السابق 3/160 ومابعدها.

الذي حلبه منها، بدلاً عن الصاع ولو تراضيا على ذلك، وغير الأنعام ترد بلا صاع كما ترد الأنعام إذا لم يحلبها.

ودليل رد المصرَّاة: ما رواه الجماعة إلا البخاري عن أبي هريرة: «من اشترى شاة مُصَرَّاة، فهو منها بالخيار ثلاثة أيام: إن شاء أمسكها، وإن شاء ردها ومعها صاعاً من تمر، لا سمراء»[1]. أي: ليس قمحاً.

ولا رد للمصرَّاة إن علم المشتري بأنها مصرَّاة حين الشراء، واشتراها عالماً بالتصرية، وكذا إن رضي بعد علمه بالشراء.

شروط البراءة من العيوب:

إذا شرط البائع براءته من ضمان العيب، أي: عمَّا يظهر في المبيع من عيوب، ورضي المشتري بهذا الشرط، اعتماداً على السلامة الظاهرة، ثم ظهر عيب قديم في المبيع، فهل يبرأ من العيب أو لا؟ رأيان:

يرى الحنفية: أنه يصح البيع بشرط البراءة من كلِّ عيب، وإن لم تعين العيوب بأسمائها، سواء أكان جاهلاً وجود العيب في مبيعه أم كان عالماً به، فكتمه عن المشتري، واشترط البراءة في ضمان العيب ليحمي بهذا الشرط سوء نيته، لأن الإبراء إسقاط لا تمليك[2].

ويرى بقية الأئمة تفصيلاً معيناً في الموضوع، فقال المالكية: لا يبرأ البائع بشرط البراءة عن العيوب في المبيع إلا في الرقيق بشرطين:

الأول ـ ألا يعلم البائع به، فإن كان عالماً بالعيب، لم تصح البراءة عنه.

والثاني ـ أن تطول مدة إقامة الرقيق عند البائع، أما إذا لم تطل إقامته

(1) نيل الأوطار 214/5.

(2) البدائع 227/5، فتح القدير 182/5.

عند مالكه، فلا ينفعه التبري مما لا يعلمه، ولمشتريه الرد إن وجد به عيباً؛ لأن شأن الرقيق أن يكتم عيوبه، فليس لمالكه التبري إذا لم يطل زمنه عنده، أما إذا طال، فالطول مما يظهر المخبآت[1].

والأظهر عند الشافعية: أن البائع يبرأ عن كلِّ عيب باطن في الحيوان خاصة، إذا لم يعلم، ولا يبرأ عن عيب بغير الحيوان كالثياب والعقار مطلقاً، ولا عن عيب ظاهر بالحيوان، علمه أم لا، ولا عن عيب باطن بالحيوان كان قد علمه[2].

ولدى الحنابلة روايتان عن أحمد: إحداهما ـ أنه لا يبرأ إلا أن يُعلمَ المشتري بالعيب، والثانية ـ أنه يبرأ من كلِّ عيب لم يعلَم، ولا يبرأ من عيب علمه. واختار ابن قدامة وغيره: أن من باع حيواناً أو غيره بالبراءة من كلِّ عيب أو من عيب معين موجود، لم يبرأ، سواء علم به أم لم يعلم[3].

شروط ثبوت خيار العيب:

يشترط لثبوت خيار العيب عند المالكية شرطان[4]:

الأول ـ أن يكون العيب قديماً عند البائع: بأن يكون العيب أقدم من التبايع، وغير حادث عند المشتري. ويعرف حدوثه أو قِدَمه عند المشتري، بالبيِّنة أو باعتراف المحكوم عليه إن كان عبداً، أو بالمعاينة (العيان). فإن لم يعرف بشيء من ذلك، واختلف البائع والمشتري في قدمه وحدوثه، نظر إليه أهل الخبرة والبصيرة، ونفذ الحكم بما يقتضي

---

(1) الشرح الصغير 164/3 وما بعدها، الشرح الكبير 119/3، القوانين الفقهية: ص 265.

(2) مغني المحتاج 53/2.

(3) المغني 178/4، غاية المنتهى 27/2.

(4) القوانين الفقهية: ص 265.

قولهم، سواء كانوا مسلمين، أو نصارى إذا لم يوجد غيرهم. وإلا حلّف البائع على البت (القطع) في العيوب الظاهرة، وعلى نفي العلم في العيوب الخفية، وللبائع رد اليمين على المشتري.

وإن اختلف العاقدان في وجود العيب، فلا يمين على البائع، وإنما على المشتري إثبات العيب.

الثاني ـ أن يكون المشتري لم يعلم بالعيب حين التبايع: إما لأن البائع كتمه، وإما لأنه مما يخفى عند البحث والنظر، فإن كان مما لا يخفى عند النظر، فلا يثبت حق الرد بالعيب، كما لا يثبت إن استوى البائع والمشتري في الجهل بالعيب كالسوس في داخل الخشب.

موانع الرد بالعيب:

يمتنع الرد بالعيب ويسقط في الخيار في خمسة أحوال(1):

1 ـ بيع السلطان (الحاكم) بيع براءة من العيوب، وبيع الورثة بيع البراءة وإن لم تشترط، إذا لم يعلما بالعيب: وذلك فيما باعوه لقضاء دين على الميت أو لإنفاذ وصية، دون ما باعوه لأنفسهم. فإن علما بالعيب كان للمشتري الرد بالعيب، وكذا يحق له الرد بالعيب إذا لم يعلم بأن البائع حاكم أو وارث.

2 ـ رضا المشتري بالعيب: إذا ظهر من المشتري ما يدل على الرضا بالعيب صراحة بالقول، أو ضمناً بالسكوت الطويل بعد الاطلاع على العيب أكثر من يومين بلا عذر، أو بالتصرف في المبيع بعد الاطلاع على العيب كركوب الدابة ولبس الثوب وحرث الأرض وبناء الدار ورهن المتاع، فإن كان سكوته لعذر كغيبة بائع أو مشتر، أو لمرض أو سجن، أو سفر، أو خوف من ظالم، فلا يدل على الرضا، كما إذا لم يطل زمن

(1) المرجع السابق: ص 266، الشرح الصغير 166/3 - 174.

السكوت بأن كان بمقدار يوم مثلاً، ويحلف في حال سكوته بنحو يوم أنه لم يرض بالعيب ورده، ولا يحلف في أقل من يوم، أي لا يمين عليه حينئذ كحال المسافر.

وإن حصل الاستعمال أو الاستغلال قبل الاطلاع على العيب، لم يمنع الرد مطلقاً. وإن حصل بعد الاطلاع على العيب وقبل زمن من الخصام، منع الرد مطلقاً لدلالته على الرضا، وإن حصل زمن الخصام مع البائع: فإن كان ينقص الأصل دل على الرضا، وإن لم ينقص الأصل كسكنى الدار واستعمال الحانوت، فلا يدل على الرضا.

3 ـ زوال العيب: إذا زال العيب، امتنع الرد، إلا إذا بقيت علامته، ولم تؤمن عودته.

4 ـ فوات (زوال) المبيع حساً بالموت، أو ذهاب عينه كالتلف أو الهلاك أو الضياع أو فواته حكماً بحبس (وقف) وصدقة وهبة قبل اطلاعه على العيب، وكذا ببيعه على المشهور، كل ذلك يؤدي لمنع الرد بالعيب لعدم وجود المحل المعقود عليه.

5 ـ طروء (أو حدوث) عيب جديد آخر عند المشتري: كشدة هُزال (عجَف) حيوان، وحدوث عمى، وعور، وعرج، وشلل بيد أو رجل.

حكم غلة المبيع المردود بالعيب (الخراج بالضمان):

إذا ردَّ المبيع المعيب على البائع، كانت غلته قبل الرد للمشتري، فلا يردّها للبائع، ولا يرجع على البائع بما أنفق؛ لأن الخراج بالضمان أو الغُنم بالغرم، أي: إن المنفعة التي تستوفى من المبيع تكون من حق المشتري بسبب ضمانه لو تلف عنده، فلو اشترى إنسان دابة أو سيارة واستغلها أياماً، ثم ظهر بها عيب قديم سابق على البيع بقول أهل

الخبرة، فله حق الفسخ، وحق الاستغلال في هذه المدة، دون أن يرجع عليه البائع بشيء[1].

أخرج الخمسة (أحمد وأصحاب السنن) عن عائشة رضي الله عنها: «أن رجلاً اشترى غلاماً في زمن رسول الله ﷺ، وكان عنده ما شاء الله، ثم ردَّه من عيب وجده، فقضى رسول الله ﷺ برده بالعيب، فقال المقضي عليه: قد استعمله، فقال رسول الله ﷺ: الخراج بالضمان»[2] والخراج: هو الغلة والكراء، ومعناه أن المبيع إذا كان له دخل وغلة، فإن مالك الشيء (الرقبة) الذي هو ضامن له، يملك خراجه، لضمان أصله، وله أن يرد الشيء، ولا شيء عليه فيما انتفع به؛ لأنه لو تلف مابين مدة الفسخ والعقد، لكان في ضمان المشتري، فوجب أن يكون الخراج له.

وهذا أيضاً مذهب الشافعي وأحمد، وفرق الحنفية بين الفوائد الفرعية كالكراء، فهي للمشتري ، وبين الفوائد الأصلية كالتمر، فإن كانت باقية ردها مع الأصل، وإن كانت تالفة، امتنع الرد واستحق الأرش (فرق نقصان العيب)[3].

ضمان المبيع والرجوع بنقصان العيب:

ضمان المبيع المردود بالعيب على المشتري وغلته له، كما تقدم، فإن امتنع ردّ المبيع على صاحبه بسبب طروء عيب جديد عند المشتري، كان المشتري عند المالكية بالخيار: إن شاء ردّ المبيع ورد أرش العيب الحادث عنده، وإن شاء تمسك به، وأخذ أرش العيب القديم، والأرش: قيمة العيب، ويكون الخيار له لا للبائع. وقال بقية الأئمة:

---

(1) القوانين الفقهية: ص 267.

(2) ضعفه البخاري.

(3) سبل السلام 30/3، المغني 151/4 وما بعدها.

ليس للمشتري الرد، وإنما يأخذ أرش العيب القديم.

وطريق معرفة الأرش: تقويم المبيع ثلاث مرات، يقوَّم أولاً صحيحاً من أيّ عيب. بعشرة مثلاً، ثم يقوَّم بكل من العيبين بقطع النظر عن الأخر، فيقوم ثانياً بالعيب القديم بثمانية مثلاً، فيكون نقصه نسبة الخمس من الثمن، ثم يقوَّم ثالثاً بالحادث بثمانية مثلاً، ثم يقال للمشتري: إما أن تمسك المبيع وترد على البائع خمس الثمن، أو ترد المبيع وتترك له خمس الثمن[1].

ويلاحظ أن العيوب ثلاثة أنواع: عيب ليس فيه شيء، وعيب فيه قيمة، وعيب موجب للرد.

أما العيب الذي ليس فيه شيء: فهو اليسير الذي لا ينقص من الثمن.

وأما عيب القيمة: فهو اليسير الذي ينقص من الثمن بأن كان ما دون الثلث، فيحط عن المشتري من الثمن بقدر نقص العيب ، مثل الخرق في الثوب، والصَّدع في حائط الدار.

وأما عيب الرد، فهو الفاحش الذي ينقص جزءاً من الثمن بنسبة الثلث فأكثر، يكون المشتري فيه بالخيار بين أن يرده على بائعه، أو يمسكه ولا أرش له على العيب، وليس له أن يمسكه ويرجع بقيمة العيب إلا أن يفوت في يده بتغير أو تصرف أو هلاك وتلف مثلاً[2].

الخيار لعيب مشروط

خيار العيب أو النقيصة قسمان، قسم يجب لفقد شرط، وقسم يجب

---

(1) الشرح الصغير 174/3 وما بعدها، القوانين الفقهية: ص 266.

(2) الشرح الصغير 158/3 وما بعدها، القوانين الفقهية: ص 267.

لظهور عيب في المبيع، وقد بيَّنت الثاني. أما الأول فقال المالكية: يثبت الخيار لأجل فقد شيء مشروط في العقد، يكون في اشتراطه غرض للمشتري، سواء أكان ذا صفة مالية: وهو الذي يزيد في الثمن عند وجوده ويقل عند عدمه، كاشتراط كون الجارية طباخة أو خياطة، فلم تكن كذلك، أم ليس له صفة مالية، كاشتراط كون الجارية ثيباً بسبب حلفه يميناً ألا يطأ بكراً، فوجدها بكراً.

فيثبت للمشتري حينئذ الخيار في الحالة الأولى دون الثانية، ويلغى الشرط في الحالة الثانية، ولا يكون للمشتري الرد؛ لكونه لا غرض فيه ولا نفع للمشتري، فلا خيار في وصف لا يبالى به ولا ينقص من الثمن، ويثبت الخيار في وصف يزيد في الثمن ككون العبد صانعاً أو كاتباً[1].

خيار التدليس في البيع

هذا نوع من أنواع خيار العيب. والتدليس: كتم البائع العيب عن المشتري مع علمه به، أو تغطيته عنه بما يوهم المشتري عدمه، مشتق من الدُّلْسة: وهي الظلمة، فكأن البائع حينما يستر العيب ويكتمه، يجعله في ظلمة، فخفي عن المشتري، فلم يره، ولم يعلم به[2].

والتدليس (كتمان عيب السلعة عن المشتري) حرام سواء أكان فيما علم به البائع فكتمه أم فيما ستره عن المشتري، ويكون للمشتري خيار الرد ثلاثة أيام، وقيل: على الفور، وسبب التحريم: الغش والتغرير، والنَّبي ﷺ يقول: «من غشَّنا فليس منا».

وسبب ثبوت خيار الرد: الحديث المتقدم المتفق عليه عن

(1) الشرح الصغير 151/3 ومابعدها، القوانين الفقهية: ص 266.
(2) المغني 151/4.

أبي هريرة: «لا تُصَرُّوا[1] الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد ذلك، فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها، إن رضيها أمسكها، وإن سَخِطها، ردها وصاعاً من تمر».

والمدة مأخوذة من رواية الجماعة إلا البخاري: «من اشترى مصرَّاة فهو منها بالخيار ثلاثة أيام، إن شاء أمسكها، وإن شاء ردها، ومعها صاعاً من تمر لا سمراء» أي: لا قمح.

خيار غبن المسترسل

المسترسل: هو الذي يشتري معتمداً على أمانة البائع. والغبن: الوقوع في البيع في النقص، كأن باع البائع ما يساوي عشرة بسبعة، أو يشتري المشتري ما يساوي سبعة بعشرة.

روى البيهقي عن عليٍّ: «غبن المسترسل ربا»[2]. أي: أن ما غبنه به مما زاد على القيمة بمنزلة الربا، في عدم حل تناوله.

والغبن عند المالكية والحنابلة بحسب العرف والعادة، ولا يتقيد بالغبن الفاحش، فما يعد غبناً في عرف الناس يثبت فيه الخيار، ويجيز فسخ العقد، بدليل ما أخرجه البخاري ومسلم عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: ذُكر رجل ـ اسمه حَبّان بن منقِذ ـ للنَّبي ﷺ أنه يخدع في البيوع، فقال: «إذا بايعت فقل لا خِلابة» أي: لا خديعة.

زاد ابن إسحاق في رواية يونس بن بكير وعبد الأعلى عنه: «ثم أنت بالخيار في كلِّ سلعة ابتعتها ثلاث ليال، فإن رضيت فأمسك، وإن سخطت فاردد».

---

(1) لا تصروا: بضم أوله، وفتح الصاد، وضم الراء المشدوة، أي لا تجمعوا اللبن في الضرع.

(2) قال الحافظ ابن حجر: سندا هذا جيد.

ولا يثبت الخيار عند الحنفية والشافعية بمجرد الغبن، لعموم أدلة البيع ونفاذه من غير تفرقة بين ما فيه غبن وغيره، وقالوا عن حديث حبّان: إن الرجل كأن ضعيف العقل، فيكون تصرفه كالمميز، يثبت له الخيار مع الغبن، وأثبت الحنفية خيار الفسخ في حالة وجود التدليس (التغرير) القولي في السعر مع الغبن الفاحش، فيكون حينئذ للمغبون حق إبطال العقد دفعاً للضرر عنه، نظراً إلى أن رضاه بما حصل ليس سليماً بسبب التغرير.

أما التغرير الفعلي في الوصف: مثل حالة تصرية الإبل والغنم المتقدمة، وتوجيه البضاعة المعروضة، والتلاعب بعداد السيارة: فيوجب عند جمهور الفقهاء للمغرور خياراً في إبطال العقد، ولو لم يصحبه غبن، لأنه قد يكون مقصوده تلك الصفة الموهم بها في المعقود عليه، فيوجب فواتها الخيار للعاقد المغرور كفوات الصفة المشروطة. قال النبي ﷺ: «بيع المحفَّلات خلابة، ولا تحل الخلابة لمسلم»[1].

خيار الرؤية

أثبت المالكية، والحنفية، والحنابلة (الجمهور) خيار الرؤية في شراء ما لم يره المشتري، فيكون له الخيار إذا رآه: إن شاء أخذ المبيع بجميع الثمن، وإن شاء رده، عملاً في رأي الحنفية بما أخرجه الدارقطني في سننه عن أبي هريرة أن النَّبي ﷺ قال: «من اشترى ما لم يره، فهو بالخيار إذا رآه».

وأخرج الطحاوي، والبيهقي، عن علقمة بن أبي وقاص، أنَّ طلحة بن عبد الله اشترى من عثمان بن عفان أرضاً له، ولم يكونا

---

(1) المحفَّلة: المصراة، وهي التي جمع اللبن في ضرعها، والخلابة: الخديعة. والحديث رواه ابن ما جه وابن عبد البر(المغني 151/4).

رأياها، فقيل لعثمان: غبنت، فقال: لي الخيار؛ لأني اشتريت ما لم أره، فحكّما في ذلك جبير بن مطعم، فقضى بالخيار لطلحة رضي الله عنه. وكان ذلك بمحضر من الصحابة، ولم ينكر عليه أحد منهم، مما يدل على شرعية هذا الخيار.

ويؤيد ذلك المعقول: وهو أن جهالة الوصف تؤثر في الرضا، فتوجب خللاً فيه، واختلال الرضا في البيع يوجب الخيار.

ويلاحظ أن الحنفية أجازوا بيع العين الغائبة من غير وصف، ويثبت للمشتري حينئذ خيار الرؤية، أو بصفة مرغوبة، ويثبت له خيار الوصف.

وهذا الخيار مقصور في رأي المالكية والحنفية على المشتري دون البائع؛ لأن البائع يعرف ما يبيعه أكثر من المشتري، فلا حاجة لثبوت الخيار له[1].

لكن المالكية ومثلهم الحنابلة[2] أجازوا خيار الوصف فقط فقالوا: يجوز بيع الغائب إذا وصف للمشتري، فذكر له من صفاته ما يكفي في صحة عقد السَّلَم، كبيان الجنس والنوع والصفة والمقدار؛ لأنه بيع بالصفة، فصح كالسَّلم، وتحصل بالصفة معرفة المبيع؛ لأن معرفته تحصل بالصفات الظاهرة التي يختلف بها الثمن ظاهراً، وهذا يكفي كما يكفي في السلم، ولا يعتبر في الرؤية الاطلاع على الصفات الخفية، ومتى وجده المشتري على الصفة المذكورة، صار العقد لازماً، ولم يكن له الفسخ، فلا يشترط لصحة البيع حضوره في مجلس العقد. فإن كان الشيء موجوداً، فلابد للزوم العقد من رؤيته لتيسر علم الحقيقة إلا

---

(1) المبسوط للسرخسي 69/13 وما بعدها، فتح القدير 137/5 - 140، البدائع 292/5.

(2) بداية المجتهد 154/2، الشرح الكبير مع الدسوقي 25/3 وما بعدها، الشرح الصغير 42/3، المغني 580/3 وما بعدها، المحلى 394/8 وما بعدها.

أن يكون في فتح وعائه ضرر للمبيع أو فساد له، فيجوز بيعه على الصفة، كما يجوز البيع على الصفة لشيء ولو كان حاضراً في المجلس، وإن لم يكن في فتحه فساد.

ولم يجيزوا بيع الغائب الذي لم يوصف ولم تتقدم رؤيته في غير حالة بيع البرنامج الآتي بيانه عند المالكية؛ لأن النَّبي ﷺ ـ فيما رواه الخمسة (أحمد وأصحاب السنن) ـ «نهى عن بيع الغرر» ولأنه باع ما لم يره ولم يوصف له، فلم يصح كبيع النوى من التمر.

وأثبت الحنابلة والظاهرية خيار الوصف أو الرؤية للبائع إذا باع ما لم ير، ووصفه للمشتري.

أما الإمام الشافعي فلم يجز خيار الرؤية ولا خيار الوصف، لحديث أبي هريرة المتقدم أن رسول الله ﷺ «نهى عن بيع الغرر» وفي هذا البيع غرر. وأما حديث «من اشترى ما لم يره..» فهو حديث ضعيف كما قال البيهقي، وقال عنه الدارقطني: إنه باطل[1].

وقت ثبوت خيار الرؤية:

ذكر الحنفية أنه يثبت الخيار للمشتري عند رؤية المبيع، لا قبلها، فلو أجاز البيع قبل الرؤية، لا يلزم البيع، ولا يسقط الخيار، وله أن يرد المبيع، والصحيح عندهم أنه يملك الفسخ قبل الرؤية، لا من أجل الخيار، ولكن لأن العقد من أصله غير لازم، فكان محل الفسخ كالعقد الذي فيه خيار العيب[2]. ويثبت خيار الرؤية عند الحنفية في الأصح في جميع العمر، وعند الحنابلة على الفور[3].

---

(1) مغني المحتاج 18/2 ومابعدها، المهذب 263/1.

(2) البدائع 295/5.

(3) فتح القدير 141/5، المغني 581/3.

صفة البيع الذي فيه خيار الرؤية وحكمه:

يرى الحنفية أن شراء ما لم يره المشتري غير لازم، يوجب الخيار، ولو جاء المبيع مطابقاً للوصف المذكور عند البيع، وأما المالكية، والحنابلة، والظاهرية، فقالوا: يثبت هذا الخيار إذا كان البيع مخالفاً للصفة، فإن وجد مطابقاً للصفة المذكورة، كان البيع للمشتري لازماً ولا خيار له[1].

ولا يمنع خيار الرؤية من انتقال ملكية المبيع للمشتري، وملكية الثمن للبائع بعد تمام الإيجاب والقبول، ولكن يمنع لزوم العقد.

شروط ثبوت هذا الخيار:

يشترط لثبوت خيار الرؤية شرطان[2]:

1 ـ أن يكون محل العقد عيناً من الأعيان، وأن يكون العقد قابلاً للفسخ: فيثبت الخيار في بيع الأعيان، وفي المقايضة يثبت في كلا البدلين لكل من البائع والمشتري. ولا يثبت الخيار في بيع الدَّين بالدَّين وهو عقد الصرف؛ لأنه لا فائدة فيه. ويثبت الخيار للمشتري دون البائع في بيع العين بالدَّين، وهو البيع العادي الغالب وقوعه.

ويكون خيار الرؤية في العقود التي تحتمل الفسخ كالبيع والإجارة والصلح عن دعوى المال والقسمة ونحوها؛ لأن هذه العقود تنفسخ برد هذه الأشياء، ولا يثبت الخيار فيما لا يحتمل الفسخ كالمهر، والزواج، وبدل الخلع، والصلح عن دم العمد؛ لأن هذه الاتفاقات لا تحتمل الفسخ برد هذه الأموال.

---

(1) البدائع 292/5، القوانين الفقهية: ص 256، المغني 582/3، المحلى 389/8، 394.

(2) البدائع، المكان السابق، المبسوط 72/13.

2 ـ عدم رؤية محل العقد: فإن كان المشتري رآه قبل الشراء لا يثبت له الخيار إذا كان لا يزال على حالته التي رآه فيها، وإلا كان له الخيار لتغيره، فكان مشترياً شيئاً لم يره.

كيفية تحقيق الرؤية:

الضابط في رؤية جميع المبيع أو بعضه عند الحنفية[1]: أنه يكفي رؤية ما يدل على المقصود، ويفيد المعرفة به.

فيكفي رؤية ظاهر كومة الحبوب، ووجه الدابة وعجُزها في الأصح، وظاهر الثوب وهو مطوي، ورؤية وجه البسط والطنافس وظهرها إن كان بينهما اختلاف، وإلا فيكفي رؤية أحدهما. ورؤية خارج البستان ورؤوس الأشجار، ورؤية داخل الدار وبيوتها في الأصح لوجود التفاوت بين الدور. ورؤية شاة اللحم وجسّها ليعرف سمنها. ورؤية بعض المكيلات أو الموزونات أو العدديات المتقاربة كالجوز والبيض، إذا كان هناك تماثل في الأجزاء، ورؤية جميع العدديات المتفاوتة كالدواب والثياب وقطعان الأغنام والإبل والبقر، وأنواع البطيخ والرمان والسفرجل في القُفّة (الوعاء) ونحوها، لأن الكل مقصود، ولا تكفي رؤية البعض.

أما المغيب في الأرض: فإن كان يباع كيلاً أو وزناً كالجزر والبصل والثوم والبطاطا، فتكفي رؤية بعضه، ويسقط الخيار في الباقي؛ لأن رؤية بعض المكيل كرؤية الكل. وإن كان يباع عدداً كالفجل فلا تكفي رؤية البعض، وإنما لا بد من رؤية الكل.

ويرى المالكية: أنه يجوز بيع مغيب الأصل كالجزر والبصل واللفت والكرنب والقلقاس بشرط رؤية ظاهره، وقلع شيء منه ويرى، وأن

(1) البدائع 293/5، الدر المختار 68/4.

يحزر إجمالاً، ولا يجوز بيع شيء منه من غير حزر بالأمتار أو الفدان، ويجوز البيع على رؤية بعض المثلي من مكيل وموزون كقطن وكتان، بخلاف القيمي، فلا يكفي رؤية بعضه كثوب من أثواب[1].

إرث خيار الرؤية:

يرى الحنفية والحنابلة: أن خيار الرؤية لا يورث، كما لا يورث خيار الشرط إذا مات المشتري بعد ثبوت الخيار له، لأن الخيار ثبت بالنص للعاقد، والوارث ليس بعاقد، فلا يثبت له.

وقال المالكية: يورث خيار الرؤية، كما يورث خيار التعيين والعيب؛ لأن الإرث كما يثبت في الأملاك، يثبت في الحقوق الثابتة بالبيع[2].

بعض البيوع المتعلقة ببحث خيار الرؤية:

هناك طائفة من البيوع تتعلق بخيار الرؤية، يحسن بيان أحكامها وآراء العلماء فيها، مستقلة عن غيرها، وأهم هذه البيوع ما يأتي:

1 ـ بيع العين الغائبة أو غير المرئية:

العين الغائبة: هي العين المملوكة للبائع الموجودة في الواقع، ولكنها غير مرئية. وللفقهاء اتجاهان في بيع العين الغائبة، اتجاه بالجواز، واتجاه بالرفض.

أما الاتجاه الأول فهو لجمهور الفقهاء: يجوز لديهم بيع العين الغائبة أو غير المرئية؛ لأنه إذا كان للمشتري خيار الرؤية في هذا البيع، فلا غرر فيه، ولا تؤدي الجهالة إلى النزاع مطلقاً. ولكن لكلٍّ مذهب تفصيل في هذا البيع.

---

(1) الشرح الكبير 186/3، بداية المجتهد156/2، الشرح الصغير 40/3.
(2) تبيين الحقائق للزيلعي 30/4، الشرح الصغير 145/3، غاية المنتهى 33/2.

أما الحنفية فقالوا: يجوز بيع العين الغائبة من غير رؤية ولا وصف، فإذا رآها المشتري كان له الخيار، فإن شاء أنفذ البيع، وإن شاء ردَّه، ويثبت خيار الرؤية في المبيع على الوصف، وإن جاء على الصفة التي عيَّنها البائع، كشراء فرس مجلَّل (مغطى) ومتاع في صندوق، وحنطة في بيت[1].

وأما المالكية[2] فقالوا: يجوز بيع الغائب على الصفة إذا كانت غيبته مما يؤمن أن تتغير فيه صفته قبل القبض، فإذا جاء على الصفة المذكورة، كان البيع لازماً؛ لأن هذا من الغرر اليسير، والصفة تنوب عن المعاينة بسبب غيبة المبيع، أو المشقة التي تحصل في إظهاره، وما قد يلحقه من الفساد بتكرار الظهور والنشر، بل وإن لم يكن في فتحه فساد، وإن خالف الصفة المتفق عليها، فللمشتري الخيار.

ويجوز في المشهور عندهم بيع الغائب بلا وصف لنوعه وجنسه في حالة معينة وهي البيع على البرنامج، كما سيأتي بيانه.

ويشترط في المذهب المالكي للزوم البيع على الصفة خمسة شروط:

الأول ـ ألا يكون بعيداً جداً كالمسافة بين الأندلس وإفريقية، والمسافة بين خراسان بالمشرق والرباط في المغرب، مما يظن فيه التغير قبل إدراكه على صفته. فإن كان المبيع بعيداً جداً، لم يجز بيعه إلا على اشتراط خيار الرؤية للمشتري عند رؤيته، سواء بيع على الصفة أو الرؤية المتقدمة.

(1) الدر المختار ورد المحتار 244/4، البدائع 163/5، فتح القدير 137/5.
(2) بداية المجتهد 154/2، الشرح الكبير 25/3 وما بعدها، الشرح الصغير 41/3 - 44، القوانين الفقهية: ص 256 وما بعدها.

الثاني ـ ألا يكون قريباً كالحاضر في البلد. فحينئذ لا بد من رؤيته، لتيسر علم الحقيقة، إلا أن يكون في فتح وعائه ضرر للمبيع، أو فساد له، فيجوز بيعه على الصفة.

الثالث ـ أن يصفه غير البائع، ويجوز وصفه من البائع إن لم يكن المبيع في مجلس العقد، بأن كان غائباً عن مجلسه، وإن كان ببلد التعاقد.

الرابع ـ أن يحصر بالأوصاف المقصودة كلها.

الخامس ـ ألا يشترط نقد الثمن للبائع، إلا في مأمون التغير كالعقار، فإن شرط لم يجز البيع، لتردده بين السلفة والثمنية، أي: التردد بين السلف والبيع، ويجوز نقد الثمن من غير شرط، ويجوز اشتراط النقد في مأمون التغير كالعقار.

وأما الحنابلة فقالوا في أظهر الروايتين عندهم: إن الغائب الذي لم يوصف ولم تتقدم رؤيته، لا يصح بيعه؛ لأن النَّبي ﷺ نهى عن بيع الغرر، أما إذا وصف المبيع للمشتري، فذكر له من صفاته ما يكفي في صحة السلم، فيصح بيعه في ظاهر المذهب.

والخلاصة في هذا الاتجاه: أن الحنفية يجيزون البيع بغير رؤية ولا وصف، وبرؤية ووصف، والمالكية والحنابلة يجيزون بيع العين الغائبة على الصفة فقط، إلا أن المالكية أجازوا حالة البيع على البرنامج، كما سيأتي بيانه.

وأما الاتجاه الثاني فهو مذهب الشافعية في الأظهر عندهم. وهو أنه لا يصح مطلقاً بيع الغائب: وهو ما لم يره المتعاقدان، أو أحدهما، وإن كان المبيع حاضراً، لما فيه من الغرر، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر، وفي بيع مالا يعرف جنسه أو نوعه غرر كبير، وكذا ما عرف

جنسه أو نوعه، كما لا يصح السلم مع جهالة صفة المسلم فيه[1].

2 ـ البيع على البَرْنَامَج أو البرامج:

يجوز لدى المالكية البيع على رؤية البرنَامج: وهو الدفتر المكتوب فيه صفة ما في الوعاء (العِدْل أو الظرف) من الثياب المبيعة؛ أي: يجوز أن يشتري شخص ثياباً مربوطة في العدل، معتمداً فيه على الأوصاف المذكورة في الدفتر، دون اطلاع البائع على الجنس والنوع، والجواز للضرورة، أي: لما في حَلّ العدل من الحرج والمشقة على البائع، فإن وجدت على الصفة لزم البيع، وإلا خُيِّر المشتري إن كان أدنى صفة، فإن وجدها أقل عدداً، وضع عنه من الثمن بقدره. وإن كثر النقص أكثر من النصف، لم يلزمه وُردّ به البيع. وإن وجدها أكثر عدداً، كان البائع شريكاً مع المشتري بنسبة الزائد[2].

3 ـ بيع الأعمى وشراؤه:

ذهب الشافعية: إلى أنه لا يصح بيع الأعمى وشراؤه إلا إذا كان قد رأى شيئاً قبل العمى مما لا يتغير كالحديد ونحوه؛ لقصور الأعمى عن إدراك الجيد والرديء، فيكون محل العقد بالنسبة له مجهولاً[3].

وذهب الأئمة الآخرون: إلى أنه يصح بيع الأعمى[4] وشراءه وإجارته ورهنه وهبته، ويثبت له الخيار بما يفيد معرفته بالمبيع، كالجس والشم والذوق فيما يعرف بذلك، أو بالاعتماد على أوصاف المبيع، كالوصف في الثمار على رؤوس الأشجار ووصف الدور

---

(1) المجموع للنووي 315/9، المهذب 263/1، مغني المحتاج 18/2.

(2) مواهب الجليل 294/4 وما بعدها، الشرح الكبير 25/2 وما بعدها، الشرح الصغير 41/3 - 44، القوانين الفقهية: ص 257.

(3) المهذب 264/1.

(4) سواء ولد أعمى أو طرأ عليه في صغره أو كبره.

والعقارات، لما أخرجه ابن ماجه والبيهقي عن أبي سعيد الخدري أن النّبي ﷺ قال: «إنما البيع عن تراض» وقد رضي الأعمى بالبيع، ويمكنه التعرف على المبيع بوسائل مختلفة، فأشبه بيع البصير، ولأن إشارة الأخرس تقوم مقام نطقه، فكذلك شم الأعمى وذوقه[1].

لكن الحنفية والمالكية لا يثبتون خيار الرؤية للبائع، سواء أكان بصيراً أم أعمى.

4 ـ بيع ما في رؤيته مشقة أو ضرر:

يجوز عند المالكية والحنفية بيع المغيبات التي في إظهارها مشقة أو ضرر، حسبما جرت العادة، إذا وصفت. كالمغيَّب في الأرض والحقول الواسعة، مثل الجزر واللفت والبطاطا، وكالأطعمة المحفوظة والأدوية المعبأة في القوارير والخل المعبأ في الأواني المختومة التي يفسدها الفتح، والسوائل والغازات الخطرة التي لا تفتح إلا عند الاستعمال، والمحفوظة بأسطوانات معينة.

وجواز بيعها كجواز بيع العين الغائبة؛ لأنه يترتب على إخراجها مشقة أو ضرر أو حرج وعسر أو فساد وتعطل، ولأن المبيع معلوم بالعادة والعرف، والغرر فيه يسير.

ويثبت الخيار فيه للمشتري إذا خالف الوصف مخالفة ضارة فاحشة، باتفاق المذهبين، وكذا إذا طابق الوصف عند الحنفية، فإن شاء المشتري أمضى العقد، وإن شاء فسخه، أما عند المالكية فإن وجده مطابقاً للوصف، فالبيع لازم، وإلا فللمشتري رده.

وهذا عند الحنفية يشبه شراء البيض، فيجده المشتري فاسداً، يكون

---

(1) الشرح الكبير 24/3، البدائع 164/5، 298، غاية المنتهى 10/2، المغني 210/4.

للمشتري الخيار عند الرؤية بين إمساك المبيع أو رده دفعاً للضرر عنه. والجمهور يرون بطلان البيع في هذه الحالة، لما فيها من الغرر والجهالة.

5 ـ البيع على رؤية الصوان:

ذكر المالكية أنه يجوز البيع برؤية الصّوان: وهو ما يصون الشيء. كقشر الرمان والجوز واللوز، أي: برؤية قشر بعضه وإن لم يكسر المشتري شيئاً منه ليرى ما بداخله، ومن ذلك: البطيخ[1].

6 ـ البيع بالنموذج[2]:

يصح البيع بالنموذج أو العيّنة عند جمهور الفقهاء غير الحنابلة، بأن يرى المشتري بعض المبيع دون سائره، ويلزم البيع إن كان المرئي دالاً على غير المرئي دلالة كاملة كشراء كمية كبيرة من القمح أو الأرز أو السُكر بعد رؤية نموذج منه، وهذا لا يكون إلا في المثليات كالحبوب والأقطان والكتان ونحوها.

وعبارة المالكية في شأن هذا البيع: يجوز البيع برؤية بعض المثلي من مكيل وموزون كقطن وكتّان، بخلاف القيمي كعِدْل مملوء من القماش، فلا يكفي رؤية بعضه في ظاهر المذهب[3].

ذهب الحنابلة: إلى أنه لا يصح بيع النموذج، فلو رأى المشتري صاعاً من صبرة قمح مثلاً، ثم باعه البائع الصبرة على أنها من جنسه، لا يصح البيع؛ لأن رؤية البعض لا تدل على رؤية الباقي[4].

7 ـ بيع الجزاف:

---

(1) الشرح الكبير 24/3، الشرح الصغير 41/3.

(2) يعبر أكثر العلماء عن هذا البيع ببيع الأنموذج، وهو لحن شائع، والأصح النموذج، وهو لفظ معرب.

(3) الشرح الكبير 24/3.

(4) غاية المنتهى 10/2، كشاف القناع 152/3.

المجازفة: أي: بلا كيل ولا وزن، بل بإراءة الصبرة. والجزف في الأصل: الأخذ بكثرة، يقال؛ جزف له في الكيل: إذا أكثر، ومرجعه إلى المساهلة. والجزاف: هو بيع الشيء بلا كيل ولا وزن ولا عدد، أي: أن العلم بالمبيع يعتمد على الرؤية الإجمالية أو على الصفة دون معرفة القدر تفصيلاً. والأصل فيه المنع، لأن الشيء الحاضر لا يكتفى فيه بالصفة على المشهور عند المالكية، ولكن رخص فيه فيما شق على الناس علمه وقل جهله، وقد تعارفه الصحابة ومن بعدهم، معتمدين فيه على الحزر وتخمين أهل الخبرة والمعرفة الذين يعهد فيهم صحة التقدير وقلة الخطأ فيه، قال ابن عمر رضي الله عنه: كانوا يتبايعون الطعام جزافاً بأعلى السوق، فنهاهم الرسول ﷺ أن يبيعوه حتى ينقلوه[1] وهذا دليل على إقراره، وإنما النهي عن بيع آخر فيه قبل النقل فقط.

وهو جائز في المذاهب الأربعة، لأنه معلوم بالرؤية، قال ابن قدامة: لا نعلم خلافاً في إباحة بيع الصبرة جزافاً مع جهل البائع والمشتري بقدرها، وإذا اشترى شخص الصبرة جزافاً، لم يجز له بيعها حتى ينقلها[2]. وذلك لعموم قوله ﷺ: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه»[3] وفي رواية: «حتى يقبضه». وقد اشترط المالكية لصحة بيع الجزاف شروطاً سبعة هي ما يلي[4]:

1 ـ أن يكون المبيع مرئياً بالبصر حال العقد أو قبله، واستمر

---

(1) قال ابن عمر في الحديث المتفق عليه: «كنا نشتري الطعام من الركبان جزافاً، فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى ننقله من مكانه».

(2) المغني 123/4 - 125.

(3) رواه الجماعة إلا الترمذي عن ابن عباس (نيل الأوطار 158/5).

(4) مواهب الجليل 285/4 وما بعدها، الشرح الكبير 20/3 وما بعدها، الشرح الصغير 35/3 - 40، بداية المجتهد 157/2، القوانين الفقهية: ص 246.

العاقدان على معرفة المبيع حين التعاقد: وهذا شرط متفق عليه، فلا يصح بيع غير المرئي جزافاً، ولا البيع من الأعمى جزافاً.

2 ـ أن يجهل كل من البائع والمشتري قدر المبيع كيلاً أو وزناً أو عدداً: فإن علم أحد العاقدين قدره بإعلام صاحبه بعد انعقاد العقد، كان الآخر بالخيار، وإن استوى الاثنان في العلم بمقداره حين التعاقد، فسد العقد، لتعاقدهما على الغرر، وتركهما الكيل أو الوزن، فيرد المبيع إن كان قائماً وإلا لزم المشتري دفع القيمة، ووجود هذا الخيار دليل على أن هذا الشرط شرط لزوم، وليس شرط صحة. وهذا الشرط مختلف فيه، فلم يشترطه الحنفية والحنابلة، ووافق الشافعية عليه.

3 ـ أن يكون البيع فيما يقصدبه الكثرة لا الآحاد: فيصح الجزاف في المكيلات والموزونات كالحبوب والحديد، والممسوحات أو المذروعات كالأراضي والثياب، ولا يجوز الجزاف في المعدودات إلا إذا كان في عدّه مشقة، لأن العدّ متيسر لغالب الناس، فإن كان في عده مشقة، جاز بيعه جزافاً، وإن كان كل فرد منه مقصوداً على حدة، لم يجز بيعه جزافاً.

وعليه، يجوز بيع المعدود جزافاً إذا تقاربت آحاده كالبيض والتفاح والرمان والبطيخ المتماثل الحجم، لا ما كان بعضه صغيراً وبعضه كبيراً، ولا يجوز بيع المعدود الذي يقصد به كلّ فرد على حدة بثمن معين كالثياب والدواب، ولا يجوز فيما له خطر كبيع الدراهم والدنانير والجواهر جزافاً، ويجوز بيع التبر والفضة غير المسكوكين جزافاً.

وقد حصر أبو حنيفة بيع الجزاف في المكيلات والموزونات، وأجاز الصاحبان والشافعية والحنابلة بيع المجازفة في المكيلات والموزونات والذرعيات كالثياب والأراضي، والمعدودات المتقاربة كالجوز والبيض، والمتفارتة كالحيوانات، والفتوى عند الحنفية على رأيهما تيسيراً على الناس.

4 ـ أن يحرز المبيع بالفعل من أهل الخبرة والمعرفة: فلا يصح بيع الجزاف فيما يعسر حزره، كعصافير حية وحمام ودجاج ونحوهما مما يتداخل مع بعضه في مدجنة كبرى، إلا إذا أمكن معرفتها بالحزر قبل الشراء في وقت هدوّها أو نومها، فيجوز عندئذ شراؤها جزافاً، وهذا رأي الشافعية أيضاً.

5 ـ أن يكون المبيع كثيراً كثرة غير هائلة: فإن كان كثيراً جداً، يمنع بيعه جزافاً، لتعذر حزره، وإن لم يكثر جداً يجوز بيعه جزافاً، لإمكان حزره، وأما ما قل جداً فيمنع بيعه جزافاً إن كان معدوداً؛ لأنه لا مشقة في علمه بالعدد، ويجوز إن كان مكيلاً أو موزوناً، وجهل العاقدان قدر كيله أو وزنه.

6 ـ أن تكون الأرض التي عليها المبيع مستوية علماً أو ظناً: فإن لم تكن مستوية، فسد العقد: بسبب الغرر الكثير أو الجهالة، أما إن ظن العاقدان أن الأرض مستوية، ثم تبين في الواقع أن فيها علواً، فيمنح المشتري الخيار، وإن كان فيها انخفاض فالخيار للبائع.

وهذا شرط متفق عليه.

7 ـ ألا يشتمل العقد الواحد على جزاف من الحب ومكيل منه، سواء من جنسه أو من غير جنسه، ولا على جزاف من الحب مع مكيل من الأرض، ولا على جزاف من الأرض مع الأرض المكيلة، فلا يصح بيع هذه الصبرة من القمح مع عشرة أمداد من قمح آخر أو شعير، ولا يجوز بيع هذه الصبرة مع عشرة أذرع من الأرض، ولا يجوز بيع هذه الأرض جزافاً مع مئة متر من أرض أخرى.

وسبب منع هذه الصور الثلاث: هو تأثر الشيء المعلوم بجهالة المجهول. أما إذا اجتمع في صفقة واحدة شيئان، كل منهما يباع بحسب الأصل الذي يباع به، فيجوز، مثل: شراء صبرة حب معلومة

القدر مع أرض مجهولة القدر، بألف دينار، لموافقة كل منهما للأصل الذي يباع به؛ لأن الأصل في الأرض بيعها جزافاً، والأصل في الحب بيعه مكيلاً.

والخلاصة: لا يمنع اجتماع جزاف أصله أن يباع جزافاً كالأرض، مع ما أصله أن يباع به كالحب المكيل، لمجيء كل منهما على أصله[1].

هذا.. ويلاحظ أن الحنفية صرحوا بأن البيع مجازفة مقيد بغير الأموال الربوية إذا بيعت بجنسها، أما الأموال الربوية إذا بيعت بجنسها، فلا يجوز بيعها مجازفة، لاحتمال الربا، واحتمال الربا مانع من صحة العقد، كحقيقة الرّبا[2].

أقسام البيع

أوضحت فيما سبق عقد البيع المطلق، الكثير الحدوث في الحياة العملية، وأذكر هنا أنواع البيع من نواحٍ مختلفة، علماً بأن للبيع تقسيمات متعددة.

التقسيم الأول البيع بحسب البدلين:

ينقسم البيع بحسب البدلين إلى أنواع أربعة[3]:

الأول - بيع المقايضة: وهو بيع العين بالعين[4]، كبيع السلع بأمثالها، نحو بعتك هذا الثوب بهذه الساعة، وهذا الكتاب بهذا القلم. وهو أقدم صورة للبيع، وكان سائداً في الشعوب البدائية.

---

(1) انظر الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 23/3.

(2) فتح القدير 86/5.

(3) المبسوط 84/15 وما بعدها.

(4) العين: هي الشيء المعين المشخص بذاته، ويقابلها الدَّين: وهو الشيء الثابت في الذمة من غير تعيين، وهذا اصطلاح الحنفية. ويعبر المالكية بالعين عن الذهب والفضة.

الثاني ـ البيع المطلق: وهو بيع العين بالدَّين، كبيع الأمتعة أو السلع بالأثمان المطلقة، وهي الدارهم والدنانير وأنواع النقود الورقية في عصرنا الحاضر، علماً بأن الدراهم مصنوعة من الفضة، والدنانير من الذهب. وكان البيع يتم في الماضي أحياناً بالفلوس الرائجة: وهي قطع معدنية من النحاس أو الرصاص ونحوهما، اصطلح الناس على أنها نقود صالحة للتعامل بها.

وقد يتم البيع في مقابل العين بالدَّين من نوع آخر: وهو المكيل والموزون الموصوفان في الذمة كالقمح والحديد، والعددي المتقارب الموصوف في الذمة كالجوز والبيض.

وهذا النوع من البيوع هو الجاري كثيراً بين الناس في الحياة اليومية.

الثالث ـ الصرف: وهو بيع الدَّين بالدَّين، وهو بيع الثمن المطلق بالثمن المطلق، أي: بيع الدراهم والدنانير وبقية النقود الرائجة في الأسواق ببعضها من جنس واحد أو من جنسين مختلفين، كذهب بذهب، أو ذهب بفضة.

الرابع ـ السَّلَم: وهو بيع الدَّين بالعين، أي: بيع شيء موصوف في الذمة كالحنطة والقطن بثمن معجل مقبوض كله في مجلس العقد، فإن المسلم فيه بمثابة المبيع وهو دين، ورأس المال بمثابة الثمن، والثمن قد يكون عيناً معينة كسلعة مثلاً، وقد يكون ديناً كمبلغ من المال، ويشترط قبض المال وهو الثمن قبل افتراق العاقدين عن المجلس، فيصير عيناً.

ولا يشترط القبض لكلا البدلين في النوعين الأولين، وهما بيع المقايضة، والبيع المطلق وهو البيع العادي الغالب الوقوع، ويشترط القبض في النوعين الأخرين، وهما الصرف والسَّلم، ففي الصرف يشترط قبض كلا البدلين في مجلس العقد، وفي السَّلَم أو السلف

يشترط قبض أحد البدلين وهو رأس المال، كما أوضحت.

والاستصناع: وهو بيع ما يصنعه الصانع قبل صنعه، شبيه في بعض جوانبه بالسَّلم.

التقسيم الثاني للبيع بحسب الثمن:

ينقسم البيع أيضاً بالنظر إلى الثمن إلى أربعة أنواع[1]

1 ـ **بيع المرابحة:** وهو مبادلة المبيع بمثل الثمن الأول وزيادة ربح معيَّن.

2 ـ **بيع التولية:** وهو المبادلة بمثل الثمن الأول، أي: رأس المال الأصلي من غير زيادة ولا نقصان.

3 ـ **بيع الوضيعة:** وهو المبادلة بمثل الثمن الأول مع نقصان شيء منه. أي: البيع بخسارة معينة.

4 ـ **بيع المساومة:** وهو مبادلة المبيع بما يتراضى عليه العاقدان؛ لأن البائع يرغب بكتمان رأس المال عادة، وهو البيع الشائع الآن.

البيوع في اصطلاح المالكية[2]:

ينقسم البيع بالنظر إلى البدل إلى ثلاثة أنواع:

1 ـ **بيع العين بَعرْض:** والمراد بالعين عندهم: الذهب والفضة، وبالعرض[3]: ما سواهما، وهذ ليس له اسم إلا البيع. وهو البيع المطلق في التقسيم السابق.

---

(1) البدائع 134/5.

(2) القوانين الفقهية: ص 248 ومابعدها.

(3) العرض بفتح العين وسكون الراء: الفَلْس أوالمتاع، وكل شيء في اللغة عَرْض إلا الدراهم والدنانير فإنها عين، وقال أبو عبيد: العروض: الأمتعة التي لا يدخلها كيل أو وزن ولا تكون حيواناً ولا عقاراً.

2 ـ بيع عَرْض بعَرْض: ويقال له: معاوضة، وهو بيع المقايضة في التقسيم السابق.

3 ـ بيع عين بعين: فإن كان بيع ذهب بفضة فهو الصرف، وإن كان بيع ذهب بذهب أو فضة بفضة. فإن كان بالوزن، فيقال له: (مراطلة) وإن كان بالعدد فيقال له: (مبادلة).

وينقسم البيع من وجه آخر بالنظر إلى اللزوم وعدمه قسمين: بيع منجز: وهو الذي يتم ساعة عقده، وبيع الخيار: وهو المشتمل على أحد الخيارات المشروعة كخيار الشرط وخيار العيب.

وينقسم البيع من وجه آخر بالنظر إلى التعجيل والتأجيل في العوضين أربعة أقسام:

1 ـ أن يعجل الثمن والمثمون (المبيع) وهو بيع النقد، وهو الغالب وقوعه.

2 ـ أن يؤخر الثمن والمثمون وهو بيع الدَّيْن بالدَّين، وهو لا يجوز.

3 ـ أن يؤخر الثمن ويعجل المثمون، وهو بيع النسيئة أو البيع لأجل.

4 ـ أن يعجل الثمن ويؤخر المثمون، وهو السَّلَم أو السلف.

وينقسم البيع من وجه آخر بالنظر إلى موافقة أمر الشارع ومخالفته إلى بيع صحيح وبيع فاسد، كما تقدم.

وأبحث فيما يلي عقد السلم، والاستصناع، والصرف، وبيوع الأمانة (المرابحة، والتولية، والوضعية) والإقالة.

عقد السَّلَم

تعريفه وأركانه، ومشروعيته، شروط صحته، أداء المسلم فيه.

تعريف السَّلَم:

السَّلَم والسلف بمعنى واحد: لأن كلاً منهما إثبات مال في الذمة مبذول في الحال، وسمي سلماً لتسليم الثمن دون عوض في الحال، وإنما يكون عوضه مؤجلاً.

والسَّلَم: بيع آجل بعاجل، أو هو بيع شيء موصوف مؤجل، في الذمة بغير جنسه[1]. أي: بيع شيء موصوف من طعام أو عرض أو حيوان أو غير ذلك مما يوصف، مؤجل فيه تسليم المبيع لأجل معلوم كنصف شهر، في ذمة المُسْلم إليه، فخرج بكلمة «موصوف» بيع الشيء المعين، فبيعه ليس بسلم، وخرج به أيضاً بيع الأجل، لأنه شراء معين بثمن مؤجل، والمراد بكلمة «في الذمة» ذمة المسلم إليه الذي هو البائع، وأما دافع الثمن فيسمى مُسْلِماً.

وخرج بكلمة. «في الذمة»[2] بيع شيء موصوف لا في الذمة، كبيع ما في العِدل، على ما في البرنامج أو غيره، أي: معتمداً فيه على الصفة المكتوبة في الدفتر أو غيره، أي: كالكتابة التي توجد فوق العِدْل، وخرج بها أيضاً بيع شيء موصوف بمكان غير مجلس العقد وهو بيع

---

(1) بغير جنسه: متعلق بكلمة «بيع». وكلمة «في الذمة» متعلق بكلمة «موصوف»

(2) الشرح الصغير للدردير: 261/3 وما بعدها.

الغائب على الصفة. والذمة كما قال القرافي: معنى شرعي مقدر في المكلَّف قابل للالتزام والإلزام. وقبول الالتزام مثل: لك عندي دينار، وأنا ضامن كذا، وقبول الإلزام: مثل ألزمتك دية فلان.

ويكون بيع الشيء بغير جنسه حقيقة كفرس في بعير. أو حكماً كما إذا كان الجنس واحداً، وكان هناك اختلاف في المنفعة، كبيع دواب السباق كالخيول بالدواب العادية التي لا تستخدم في السباق.

وهناك تعريف آخر للسَّلم وهو: بيع يتقدم فيه رأس المال ويتأخر المثمَّن لأجل[1].

أركانه:

أركان السَّلَم عند الجمهور غير الحنفية ثلاثة كالبيع: عاقد (مسلِم ومسلَم إليه) ومعقود عليه (رأس مال المسلم والمسلم فيه) وصيغة (إيجاب وقبول). وركنه عند الحنفية كأيّ عقد: واحد وهو الإيجاب والقبول.

مشروعيته:

السَّلَم مشروع في القرآن والسُّنة والإجماع.

وأما القرآن: فقوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: 282] قال ابن عبَّاس: أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحلّه الله في كتابه وأذن فيه، ثم قرأ هذه الآية[2].

وأما السُّنة: فما أخرجه الأئمة الستة عن ابن عبَّاس: أن رسول الله ﷺ قدِم المدينة، وهم يُسلفون الثمار السنة والسنتين والثلاث، فقال:

---

(1) الشرح الكبير 195/3.

(2) أخرجه الشافعي، والطبراني، والحاكم، والبيهقي.

«من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم إلى أجل معلوم».

وأما الإجماع: فقد أجمعت الأمة وأهل العلم على جوازه، ولأن بالناس حاجة إليه، فأجيز تحقيقاً للحاجة بالرغم من أنه بيع لمعدوم.

شروط صحة السَّلَم:

يشترط لصحة السَّلَم وجوازه ثمانية شروط، واحد منها في رأس المال، وأربعة في المسلم فيه، وثلاثة مشتركة في رأس المال والمسلَم فيه[1]، وهي شروط مطلوبة إضافة لما يشترط في عقد البيع من شروط عامة.

أما شرط رأس المال (أي الثمن):

فهو تعجيل رأس المال أي مال السلم: بأن يكون نقداً حالاً، فلا يجوز تأجيله، وجاز عند المالكية خلافاً لغيرهم بعد العقد ثلاثة أيام، بشرط في العقد أو بغير شرط، سواء كان رأس المال عيناً (نقوداً) أو عرضاً أو مثلياً؛ لأن هذه المدة في حكم المعجل، كما لو تأخر القبض إلى آخر المجلس، وكلّ ما قارب الشيء يعطى حكمه.

ودليل اشتراط التعجيل: تحقيق معنى اسم السَّلم، وهو تسليم رأس المال، وعدم الوقوع في معنى مبادلة الدَّين بالدَّين، وقد «نهى رسول الله عن بيع الكالىء بالكالىء»[2] أي: بيع الدَّين بالدَّين.

---

(1) الشرح الكبير: 195/3 وما بعدها، والشرح الصغير 262/3 وما بعدها، القوانين الفقهية: ص 268 وما بعدها، المنتقى على الموطأ 297/4 وما بعدها، بداية المجتهد: 201/2 وما بعدها.

(2) أخرجه الدارقطني وابن أبي شيبة وإسحاق بن راهويه، والبزار عن ابن عمر، وصحح الحاكم رواية الدارقطني، وضعَّفه الشافعي وأحمد، لكن إجماع الناس على أنه لا يجوز بيع دين بدين.

فإن أخر رأس المال عن ثلاثة أيام، فسد العقد مطلقاً، سواء أكان التأخير بشرط، أم بغير شرط على المشهور المعتمد، ولو قلّت مدة الزيادة.

وهذا أهم شرط في السلم، وبه يتميز عن غيره من العقود الأخرى الجائزة. ويجوز كون رأس المال منفعة شيء معين، كسكنى دار وركوب دابة، مدة معينة، كشهر، إن شرع في استيفاء المنفعة أو قبض محل المنفعة قبل حلول أجل السَّلم (ثلاثة أيام) ولو انقضت المدة بعد ذلك، كأن يقول له: أسلمتك سكنى داري هذه أو ركوب دابتي هذه شهراً في إردب قمح، آخذه منك في شهر كذا. ولا بد من قبض محل المنفعة والشروع في استيفاء المنفعة حين العقد أو قبل مجاوزة أكثر من ثلاثة أيام، لأن منفعة الشيء المعين ملحقة بالعين، فلابد من قبض أصلها حينئذ.

ويجوز كون رأس المال جزافاً بجعله في شيء معين بالشروط المتقدمة في بيع الجزاف. ويصح عند المالكية اشتمال السلم على خيار لأحد العاقدين أو لكليهما أو لأجنبي في دفع رأس المال، في مدة ثلاثة أيام فقط إن لم ينقد المسلِم (رب السَّلَم) رأس المال، ولو تطوعاً، وإلا فسد العقد، للتردد بين السلفية والثمنية، أي: كونه عقد سلف (قرض) أو عقد بيع.

وجاز رد رأس المال على صاحبه إن كان زائفاً، ولو بعد زمن طويل.

ولو وقع السَّلم بمنفعة شيء معين، وتلف هذا الشيء قبل استيفاء المنفعة، رجع المسلَم إليه على المسلِم بقيمة المنفعة التي لم تستوف، ولا يفسخ العقد، قياساً للمنفعة على الدراهم الزائفة التي يحق للمسلَم إليه ردُّها على المسلِم.

وأما شروط المسلم فيه، فهي أربعة:

١ ـ أن يكون مؤخراً إلى أجل معلوم: وأقله ما تختلف فيه الأسواق عادة كخمسة عشر يوماً ونحوها بقبضه في بلد العقد، أو يكون قبض المسلَم فيه في بلد آخر غير بلد العقد، فلابد من أن يؤجل السَّلَم إلى أجل معلوم أقله نصف شهر، إلا إذا اشترط قبضه بمجرد الوصول لبلد غير بلد العقد، فيصح بشروط خمسة: وهي اشتراط قبضه بمجرد الوصول للبلدة الثانية، وأن يكون البلد الثاني على مسافة يومين من بلد العقد لأنها مظنَّة اختلاف الأسواق في البلدين، وأن يشترط في العقد الخروج فوراً، وأن يخرج العاقدان بالفعل إليه إما بأنفسهما أو بوكيلهما[1]، وأن يعجل رأس المال في مجلس المال في مجلس العقد أو قربه، وأن يكون السفر ببر لا بحر، أو ببحر بغير ريح، لأنه ربما أدى إلى قطع مسافة اليومين في ساعة أو نصف يوم، فيؤدي إلى السَّلَم الحالّ، فإن انخرم شرط من هذه الشروط، فلابد من تعيين الأجل. وإن وجدت هذه الشروط الخمسة، لا يشترط التأجيل بنصف شهر. وإن سافر ووصل قبل مضي اليومين: فإن كان السفر ببر أو بغير ريح، كان العقد صحيحاً، ولكن لا يمكَّن المسلِم (المشتري) من القبض حتى يمضي اليومان، وإن كان السفر في بحر كان العقد فاسداً.

ويلاحظ أن عبارة الدسوقي في الشرط الثالث مجموع الأمرين من اشتراط الخروج والخروج بالفعل. كما يفيده كلام ابن عرفة.

ولا يصح التأجيل إلى أجل مجهول، فإن كان التأجيل لمواسم معروفة كالحصاد والجذاذ والدِّراس ونزول الحاج والصيف والشتاء، صح التأجيل عند المالكية خلافاً لبقية المذاهب، ويعتبر ميقاتها: هو

---

(1) عبارة خليل والدردير: اشتراط الخروج بالفعل من قبل نفس العاقدين أو وكيلهما، وعبارة الصاوي: وإن لم يخرجا بالفعل فوراً.

الوقت الذي يحصل فيه غالب ما ذكر، وهو وسط الوقت المعدّ لها الذي يغلب فيه الوقوع؛ لأن التأجيل إلى هذه الآجال متعارف عليه، لا يتفاوت تفاوتاً كثيراً، فأشبه ما لو قال: إلى رأس السنة.

واشتراط الأجل في السَّلم هو رأي جمهور العلماء غير الشافعية، للحديث المتقدم: «من أسلف في شيء، فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم».

ولم يشترط الشافعية كون السَّلَم مؤجلاً، وأجازوا السَّلم الحالّ؛ لأنه إذا جاز السَّلَم مؤجلاً، جاز حالاً بالأولى، لبعده عن الغَرَر، والمراد من الحديث «إلى أجل معلوم» هو العلم بالأجل، لا الأجل نفسه، وفائدة السَّلم الحالّ: وهو جواز العقد مع غيبة المبيع، علماً بأن الشافعية لا يجيزون بيع العين الغائبة على الصفة بيعاً عادياً من غير طريق السَّلَم، لاشتماله على الغرر.

2 ـ أن يكون ثابتاً في الذمة: فلا يجوز السَّلم في شيء معين كزرع قرية بعينها، ولا في العقار اتفاقاً لتعينه؛ لأن بيع شيء معين يتأخر قبضه يكون فاسداً؛ لأنه قد يهلك قبل قبضه، فيتردد الثمن بين السلفية إن هلك، والثمنية إن لم يهلك، ولأن بيع شيء منسوب لموضع معلوم، لا تتوافر فيه القدرة على التسليم، فيكون العقد مشتملاً على الغرر من غير حاجة، فلا يصح العقد، ولا يصح السَّلم في جزاف؛ لأن المسلَم فيه يشترط أن يكون في الذمة، وشرط صحة بيع الجزاف: رؤيته، فإذا رئي صار معيناً. ولا يصح السَّلم في أرض ودار وحانوت وخان وحمام؛ لأنها ببيان محلها ووصفها، صارت معينة لا في الذمة.

3 ـ أن يكون جنس المسلَم فيه موجوداً عند حلول الأجل: أي: أجل تسليم المسلَم فيه، سواء أكان موجوداً عند العقد أم لم يوجد؛ لأن المطلوب هو القدرة على التسليم، فيعتبر وقت وجوب التسليم، ولا يضر انقطاعه قبل حلول الأجل، مع وجوده عنده، ولم يشترط

النَّبي ﷺ في حديث إباحة السَّلَم: وجود المسلم فيه عند العقد، ولو كان شرطاً لذكره، ولنهى المسلمين عن السَّلَم سنتين فأكثر؛ لأنه يلزم منه انقطاع وجود المسلم فيه أوسط السنة.

ويترتب على هذا الشرط أنه لا يصح السَّلم في نادر الوجود، لعدم وجوده في الغالب عند أجل تسليم المسلم فيه، فيكون العقد وارداً على بيع ما ليس عند الإنسان، وعلى ما لا قدرة على تسليمه.

وهذا رأي الجمهور، واشترط الحنفية أن يوجد المسلم فيه عند العقد والأجل، وفي الفترة الزمنية القائمة بينهما، للتأكدمن توافر القدرة على التسليم، وضمان تنفيذ تسليم المسلَم فيه.

4 ـ أن يكون المسلَم فيه قابلاً للضبط بالصفات بحسب العادة والعرف أو بالحِمْل أو الجُزْزة: ببيان ما تختلف به القيمة في السَّلم عادة ببلد السَّلَم ومكانه؛ لأن القيمة تختلف باختلاف الصفات، فلابد من بيان الجنس والنوع والجودة والرداءة والتوسط بينهما، واللون والطول والعرض والغِلَظ والرقة والكبر والصغر، بحسب كلّ شيء، وذلك بأن يكون من المكيلات كالحب، أو الموزونات كالسمن والعسل، أو العدديات المتقاربة كالجوز والرمان والبيض، أو المقيس بحبل ونحوه كملء هذا الحبل، أو حزمة من القتّ والقصيل والأغمار نحو فول وبرسيم وكتان، ويوضع الحبل تحت يد أمين منعاً من التنازع في قدره.

فلا يصح السَّلَم فيما لم يضبط، مثل: خذ هذا الدينار سلماً على قمح مثلاً، من غير ضبط لقدره، أو ضبط بغير ما يضبط به، كتقديره بكيل وهو موزون، أو بموزون وهو مكيل، مثل: خذ هذا الدينار سلماً على قنطار قمح، أو إردب لحم، أو إردب بيض، أو قنطار بطيخ.

ولا يصح السَّلَم ويفسد أيضاً إذا كان بمعيار مجهول، مثل زنة هذا الحجر، أو ملء هذا الوعاء كذا حباً.

ولا يصح السَّلم فيما لا يمكن ضبطه بالوصف كتراب معدن؛ لأن مالا يمكن وصفه مجهول حقيقة. والخلاصة: أنه يصح السَّلَم عند المالكية فيما يضبط كيلاً ووزناً، وفيما لا ينضبط: بالوصف.

ويترتب عليه أنه يصح عند المالكية خلافاً لغيرهم السَّلم في العدديات المتقاربة عدداً؛ لأنها لا تتباين كثيراً، ويصح أيضاً في العدديات المتفاوتة كالجواهر(كبار اللؤلؤ) واللآلي والزجاج والجص والزَّرنيخ وأحمال الحطب كملء هذا الحبل، وفي المطبوخ من الأطعمة، كل ذلك إذا حصرت صفته، ولم يندر وجوده.

السَّلَم في الحيوان واللحم:

لم يجز الحنفية السَّلَم في الحيوان كيفما كان، لما أخرجه الدارقطني والحاكم عن ابن عبّاس: «أن النَّبي ﷺ نهى عن السلف في الحيوان»[1] ولأن أنواع الحيوان تختلف اختلافاً بيِّناً في تقدير ماليتها، فلا يمكن ضبطها بالوصف. وكذلك لم يجز أبو حنيفة السَّلَم في اللحم، لوجود الجهالة الفاحشة المفضية إلى النزاع بين أنواع اللحوم سِمَناً وهُزالاً. ومثلها الرؤوس والأكارع.

وأجاز بقية المذاهب السَّلَم في الحيوان قياساً على جواز القرض فيه، وقد أخرج مسلم: «أنه ﷺ اقترض بَكْراً» وهو الفتي في الإبل، وأخرج أبو داود: «أنه ﷺ أمر عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه أن يشتري بعيراً ببعيرين إلى أجل» وهذا سَلَم لا قرض، لما فيه من الفضل والأجل، وأجازوا ومعهم الصاحبان السَّلَم في اللحم، بشرط ضبط صفاته جنساً ونوعاً وصفة ومقداراً.

---

(1) لكن في إسناده إسحاق بن إبراهيم بن جُونِّي، وهو واهي الحديث، أو منكر الحديث جداً.

السَّلَم في الخبز:

لم يجز أبو حنيفة ومحمد الشافعي السَّلَم في الخبز عدداً أو وزناً، للتفاوت الفاحش بين أنواع الخبز في النضوج، فتبقى جهالة مفضية إلى المنازعة، لأن عمل النار فيه يختلف، فلا يضبط.

وأجاز المالكية والحنابلة السَّلَم في الخبز ونحوه مما يمكن ضبطه؛ لأن تأثير النار فيه معلوم في العادة، ويمكن ضبطه بالنشافة والرطوبة، فيصح السَّلَم فيه.

وأما الشروط المشتركة بين رأس المال والمسلم فيه: فهي ثلاثة:

1 ـ أن يكون كل واحد منهما مما يصح تملكه وبيعه: فلا يصح السَّلَم في الخمر والخنزير ونحوهما. هذا في الواقع شرط عام في كلّ بيع، ولا يختص بالسَّلم.

2 ـ أن يكونا مختلفين جنساً تجوز النسيئة بينهما: فلا يجوز إسلاف أو تسليم الذهب والفضة أحدهما في الآخر؛ لأن ذلك ربا، وكذلك لا يجوز تسليم الطعام بعضه في بعضه على الإطلاق؛ لأنه ربا.

ويجوز تسليم أو إسلاف الذهب والفضة في الحيوان والعروض والطعام، ويجوز تسليم العروض بعضها في بعض.

وبعبارة أخرى: يشترط في بدلي السَّلَم ألا يكونا طعامين ربويين ولا نقدين، لما فيه من ربا النسيئة أو ربا الفضل، فلا يجوز أن يقول شخص لآخر: أسلمك أردب قمح في أردب قمح أو أسلمك سمناً في بُرّ وعكسه، أو ذهب في فضة وعكسه، أو ذهب في ذهب أو فضة في فضة، كأن يقول: أسلمك ديناراً في دينار.

ويشترط فيهما أيضاً ألا يكونا شيئاً في أكثر منه، كثوب في ثوبين من جنس واحد، أو أجود منه كثوب رديء في جيد، وقنطار كتان رديء في أجود، أو على العكس: وهو سلّم شيء في أقل منه، أو أدنى من

جنسه، لما فيه من تهمة «ضمان بجُعْل»[1] فإذا أسلمت ثوبين في ثوب، فكأن المسلَم إليه ضمن ثوباً منهما للأجل، وأخذ الثوب في نظير ضمانه.

ويستثنى من شرط «ولا شيئاً في أكثر منه» حالة اختلاف المنفعة في أفراد الجنس الواحد، فيصير كالجنسين، فيجوز السَّلم أو المبادلة في الأكثر والأجود، كمبادلة دابة من دواب السباق السريعة السير في أكثر من دابة عادية ضعيفة السير من الحمير والخيول والجمال.

3 ـ أن يكون كل واحد منهما معلوم الجنس والصفة والمقدار: إما بالوزن فيما يوزن، وإما بالكيل فيما يكال، أو بالذَّرع فيما يذرع، أو بالعدد فيما يعدّ، أو بالوصف فيما لا يوزن ولا يكال ولا يعدّ.

ومفاد هذا الشرط أنه لا بد من بيان الأوصاف التي تختلف بها الأغراض في المسلم فيه عادة في بلد السَّلَم بياناً شافياً، من جنس كقمح وشعير وفول ونحو ذلك، وصنف (أو نوع) كقمح سقي أو بعل(بري) وضأن ومعز، وكتان وقطن وحرير وصوف، وجودة ورداءة والوسط بينهما، وأن يبين اللون في الثوب والعسل، لاختلاف الأغراض فيه، مثل ثوب أبيض أو أسود أو أحمر بعد بيان صنفه، أو عسل كذلك، وأن يبين مكان الحوت (السمك) إن احتيج لذلك، ككونه نهرياً أو بحرياً،

---

(1) الضمان بجعل: مثاله أن يبيع ثوبين بدينار لشهر، ثم يشتري منه عند الأجل أو دونه أحدهما بدينار، وهذا في نطاق بيوع الآجال جائز؛ لأنه مما قل قصد الربا فيه، وإنما منع هنا ولم يمنع في بيوع الآجال؛ لأن تعدد العقد في هذه البيوع أضعف تهمة إرادة الضمان مقابل جعل. قال العلامة خليل: ومنع للتهمة ما كثر قصده كبيع وسلف، وسلف بمنفعة، لا ما قل كضمان بجُعْل، أو أسلفني وأسلفك (الشرح الكبير 76/3) أي منع ما كثر قصد الناس للتوصل به إلى الربا الممنوع، ولا يمنع ما قل قصد الناس له للتوصل به إلى الربا، لضعف التهمة.

وأن يبين مكان الثمر شامياً أو مصرياً، وناحية إنتاجه عند الحاجة كالجهة الشرقية أو الغربية، وأن يبين القدر في الجميع.

ويبين في الحيوان: السن لمعرفة الصغر والكبر، والذكورة والأنوثة والقدر لمعرفة الحجم.

ويبين في البُرّ (القمح) كونه أسمر (أحمر) أو أبيض، إن اختلفت الأغراض فيه في ذلك البلد، وإلا فلا يجب البيان، ويبين كونه جديداً أو قديماً، دسماً أو دسماً ضامراً.

ويبين في الثوب: الرّقة والطول والعرض وضدها، وهو الثخن والقصر وقلة العرض.

وفي الزيت يبين مصدره من زيتون أو سمسم أو ذرة أو بزر قطن أو كتان، وناحيته كمغربي، أو شامي. وفي اللحم بعد بيان نوعه من ضأن أو بقر أو غيرهما، يبين السن والسمن، والذكورة وضدها من هزال أو أنوثة، وكونه من السوائم التي ترعى في البراري أو المعلوفة، وكونه من جَنْب أو رقبة ونحو ذلك إن اختلفت الأغراض.

ويبين ما يضبط الأشياء ويميزها في الذهن حتى تنتفي الجهالة به، مما يسلم فيه من لؤلؤ ومرجان، وزجاج، ومعدن كحديد ورصاص ونحاس، ومطبوخ من لحم أو غيره، ومنسوج، ومصاغ من حلي، وأوانٍ وغير ذلك.

ولو أسلم في شيء وشرط الجودة أو الرداءة، وأطلق ذلك، صح السَّلَم، ويحمل الجيد والرديء على الغالب منه في البلد، أي: الكثير منه في البلد، فإن لم يغلب شيء فالوسط من الجيد أو من الرديء: هو الذي يقضى به.

أداء المسلَم فيه:

هناك أحكام ستة في أداء الشيء المسلَم فيه مفرعة على شروط السلَم، وهي ما يلي[1]:

أولاً ـ التعريض أو أخذ بدل المسلَم فيه: من أسلم في طعاماً، لم يجز أن يأخذ عنه غير طعام؛ لأنه يكون بيع طعام بطعام نسيئة، ولا أن يأخذ طعاماً من جنس آخر، سواء كان ذلك قبل الأجل المحدد للتسليم أو بعده؛ لأنه يكون بيعاً للطعام قبل قبضه، وهو لا يجوز.

فإن أسلم في غير الطعام، جاز أن يأخذ غيره إذا قبض الجنس الآخر مكانه في مجلس العقد، فإن تأخر القبض عن مجلس العقد، لم يجز؛ لأنه يصير بيع دين بدين، وهو لا يجوز.

ويجوز للمُسْلِم (رب السَلَم) أن يأخذ من المسلَم إليه طعاماً من نوع آخر مع اتفاق الجنس، كزبيب أشقر عن أسود، إلا إن كان أحدهما أجود من الآخر أو أدنى، فيجوز بعد أجل المسلم فيه؛ لأنه يعد ضرباً من الرفق والمسامحة، ولا يجوز قبل أجل المسلم فيه؛ لأنه في حال أخذ الدون يكون من قبيل: «ضع وتعجل» وفي حال أخذ الأجود يكون الأخذ عوضاً عن الضمان، وكل ذلك لا يجوز.

والخلاصة: يصح وفاء المسلم فيه بغير جنسه، وإن كان ذلك قبل الأجل بشروط ثلاثة:

1 ـ أن يعجل المدفوع من غير جنسه، حتى لا يترتب عليه كون المبادلة بيع دين بدين.

---

(1) الشرح الصغير 283/3 - 289، الشرح الكبير 213/3 - 222، القوانين الفقهية: ص 269 وما بعدها.

2 ـ وأن يكون المسلم فيه غير طعام، حتى لا يقع في بيع الطعام قبل قبضه.

3 ـ وأن يصح سَلَم رأس المال في المدفوع من غير الجنس، كأن يسلمه ثوباً في كتاب، فقضى عنه بعيراً، فإنه يصح سَلَم الثوب في البعير.

ثانياً ـ طلب الزيادة في المسلم فيه: إن زاد رب السَّلَم بعد الأجل دراهم على أن يعطيه المسلم إليه زيادة في المسلم فيه، جاز ذلك إذا عجل الدراهم؛ لأنهما صفقتان.

ثالثاً ـ قضاء المسلم فيه قبل الأجل: إذا وفى المسلَم إليه المسلَم فيه قبل الأجل، جاز قبوله ولم يلزم، وألزم متأخرو المالكية قبوله في اليوم واليومين، ويكون الوفاء به حينئذ بلا زيادة ولا نقصان. وأما غير المسلم فيه من بيع أو سلف (قرض) فيلزم قبوله باتفاق المالكية إذا دفع قبل أجله.

رابعاً ـ بيان مكان التسليم: الأحسن اشتراط وبيان مكان الدفع، أي: التسليم، وأوجبه أبو حنيفة، فإن لم يعين العاقدان في العقد مكاناً، فيكون مكان العقد هو مكان الإيفاء أو التسليم، وإن عيناه تعيَّن، ولا يلزم رب السَّلَم أن يقبض المسلم فيه بغير المكان المعين ولو خفَّ حمله كجوهر وثوب لطيف، ولا أن يأخذ كراء مسافة ما بين المكانين؛ لأنهما بمنزلة التأجيل لأجلين[1] وهو لا يجوز؛ لأن إلزام البائع بدفع كراء الحمل لمحل القبض للمشتري، فيه زيادة، فيكون منطبقاً عليه بسبب الزيادة قاعدة: «حُطَّ الضمان وأزيدك في الكراء»[2] وهذا لا يجوز.

---

(1) إن الزيادة بسبب تفاوت مسافات البلدان كالزيادة في الآجال، لأن البلدان بمنزلة الآجال.

(2) هذه القاعدة في حال الزيادة على المتفق عليه، والزيادة ربا، ويقابل هذه القاعدة في حال النقص قاعدة: «ضع وتعجل» مثل ما يسمى اليوم حسم الكمبيالة.

خامساً ـ تعذر تسليم المسلم فيه: من أسلم في شيء، فلما حل الأجل تعذر تسليمه لعدم وجوده، وانتهاء موسمه أو خروج إبّانه، أي وقته المعين الذي يظهر فيه كبعض الأثمار من رطب وغيره، فيكون المشتري بالخيار بين أخذ الثمن (رأس المال) وفسخ العقد، أو الصبر إلى العام القابل، حتى يظهر المسلم فيه في وقته.

سادساً ـ بيع المسلم فيه لبائعه: يجوز بيع الشيء المسلم فيه قبل قبضه لبائعه بمثل ثمنه أو أقل، لا أكثر؛ لوجود التهمة في الأكثر بسلف جر منفعة، ويجوز بيعه لغير بائعه بالمثل وأقل وأكثر، يداً بيد، ولا يجوز البيع بالتأخير، أي: تأجيل التسليم للغرر الحاصل بسبب انتقال الشيء المسلم فيه من ذمة معجلة إلى ذمة مؤجلة. ولو كان البيع نقداً جاز.

* * *

الاستصناع

الاستصناع:

عقد مع صانع على عمل شيء معين في الذمة، كصناعة الأواني، والأحذية، والألبسة، والمفروشات، والسفن، والسيارات، والطائرات، ونحوها.

وهو مشروع كالسَّلم استحساناً رعاية لحاجة الناس إليه وتعارفهم عليه، بالرغم من أنه بيع لشيء معدوم.

إلا أن الحنفية جعلوا له أحكاماً تميزه عن السَّلم وتخفف من شروط السَّلَم وقيوده وأحواله. وبقية المذاهب أجازوه على أساس عقد السَّلَم وعرف الناس، واشترطوا فيه ما يشترط في عقد السَّلَم، ومنها تسليم جميع الثمن في مجلس العقد، أو ما يقارب المجلس كيوم أو يومين عند المالكية.

وعبارة المالكية في شأنه[1]: يجوز الاستصناع كاستصناع سيف أو سَرْج، سواء أكان الصانع المعقود معه دائم العمل[2] كنجار، وحداد، وخيَّاط وحائك، وخبَّاز، ولحَّام يُشترى منه أدوات أم سلع وأشياء

---

(1) مواهب الجليل 539/4 وما بعدها، الشرح الكبير 217/3، الشرح الصغير 287/3 ومابعدها.

(2) البيع مع دائم العمل عقد جائز، وهو يشبه عقد التوريد المعروف الآن، وهو من المقاولات الشائعة في التعامل التجاري الإداري.

معينة، أم غير دائم العمل، كأن يقول إنسان لآخر: اصنع لي سيفاً أو سرجاً أو باباً صفته كذا بدينار، ونحو ذلك مما يعمل في الأسواق بصفة معلومة.

وحينئذ لا بد من تعجيل رأس المال في مجلس العقد، ولا مانع عند المالكية من تأجيله إلى يوم أو يومين، فإن تأخر عن ذلك الوقت وعُيِّن أجل أبعد منه، لم يجز، وصار العقد ديناً بدين، وهو ممنوع.

ولم يشترط الحنفية تسليم رأس المال في مجلس العقد، خلافاً للسَّلَم، وإنما يكفي بيان جنس الشيء المصنوع ونوعه وقدره وصفته، وأن يكون مما يجري فيه التعامل بين الناس.

واشترط المالكية تحديد أجل لتسليم الشيء المصنوع كالسَّلَم، وإلا فسد العقد. وذهب أبو حنيفة إلى أنه يشترط فيه ألا يكون فيه أجل، فإن حدد أجل لتسليم المصنوع، انقلب العقد سلماً، إلا إذا ذكر الأجل على سبيل الاستعجال لا الاستمهال لوقت محدد، فإنه لا يصير سلَمَاً. ورأى الصاحبان: أن هذا ليس بشرط، والعقد استصناع على كلِّ حال، سواء حدد فيه أجل أو لم يحدد؛ لأن العادة جارية بتحديد الأجل في الاستصناع[1].

ويصح الاستصناع عند الشافعية، سواء حدد فيه الأجل لتسليم الشيء المصنوع، أولم يحدد بأن كان حالاً؛ لأنه يجوز عندهم السَّلَم الحالّ.

واشترط المالكية أيضاً ألا يعين العامل الصانع ولا الشيء المعمول المصنوع، كما تشترط بقية شروط السَّلَم، فإن شرط عمل رجل بعينه لم يجز، حتى وإن نقد المشتري الثمن في مجلس العقد؛ لأنه لا يدري أيسلِّم ذلك الرجل الشيء المعلوم أم لا، وهذا غرر يمنع صحة العقد؛ لأن السَّلَم لا يكون في شيء بعينه، بل في الذمة.

(1) البدائع 3/5، الدر المختار ورد المحتار 221/4 وما بعدها.

وعلى هذا يفسد عقد الاستصناع في صور ثلاث، ويفسخ عند اختلال الشروط السابقة، كما ذكر المالكية، وهي ألا يحدد وقت لتسليم الشيء المصنوع، وأن يعين العامل كأن يقول المشتري: أنت الذي تصنعه بنفسك أو يصنعه زيد بنفسه، وأن يعين المعمول كأن تصنعه من هذا الحديد بعينه، أو من هذا الغزل أو من هذا الخشب بعينه؛ لأنه حينئذ صار معيناً، لا في الذمة، وشرط صحة السلم ومثله الاستصناع: كون المسلم فيه ديناً في الذمة.

قال الإمام مالك في المدونة: من استصنع طستاً أو قلنسوة أو خفاً أو غير ذلك مما يعمل في الأسواق، بصفة معلومة، فإن كان مضموناً إلى مثل أجل السلم، ولم يشترط عمل رجل بعينه، ولا شيئاً بعينه يعمله منه، جاز ذلك إذا قدَّم رأس المال مكانه(في مجلس العقد) أو إلى يوم أو يومين، فإن ضرب لرأس المال أجلاً بعيداً (أي: زائداً عن اليومين) لم يجز، وصار ديناً بدين، وإن اشترط عمله من نحاس أو حديد بعينه، أو ظواهر معينة، أو عمل رجل بعينه، لم يجز وإن نقده (أي: وإن قدم الثمن) لأنه غرر، لا يدرى، أسلم إلى ذلك أم لا[1]، ولا يكون السلف في شيء معين.

والسَّلَم والاستصناع عقدان لازمان عند المالكية، وقال جمهور الحنفية: السَّلَم عقد لازم، والاستصناع غير لازم، وقال أبو يوسُف: الاستصناع كالسَّلَم عقد لازم، فلا خيار للمشتري إذا رأى الشيء المصنوع، وكان مطابقاً للأوصاف المشروطة.

---

(1) قال الدسوقي والصاوي: علة الفساد في اشتراط العمل من شيء معين أو اشتراط عمل رجل بعينه: اشتمال العقد على الغرر، لأنه لا يدرى أيسلَم العامل إلى ذلك الأجل أم لا، لأن السلم لا يكون في شيء بعينه، بل في شيء في الذمة.

عقد الصَّرف

تعريفه ومشروعيته، وشروطه، وما يترتب عليه من أحكام.

تعريف الصَّرف

الصَّرف في اللغة: التوبة، يقال: لا يُقبل منه صرف ولا عَدلٌ، أي: توبة وفدية، والصَّرف: الحيلة، يقال، إنه ليتصرف في الأمور، وقال الله تعالى: ﴿ فَمَا تَسْتَطِيعُونَ صَرْفًا وَلَا نَصْرًا ﴾ [الفرقان: 19]. والصَّرف: الزيادة، ومنه سميت العبادة النافلة صرفاً، والصَّيرفي: الصراف من المصارفة، وقوم صيارفة، ويقال: صرفت الدراهم بالدنانير، وبين الدرهمين صَرْف، أي: فَضْل، لجودة فضة أحدهما.

والصَّرف في اصطلاح الحنفية: هو بيع النقد بالنقد جنساً بجنس، أو بغير جنس، أي: بيع الذهب بالذهب، أو الفضة بالفضة، أو الذهب بالفضة، مصوغاً أو نقداً[1]. وهذا دليل على أن الصرف لا يقتصر على مبادلة النقد بغير جنسه، وإنما يشمل المبادلة من جنس واحد أيضاً، وهو رأي الشافعية والحنابلة أيضاً، فإنهم قالوا:الصرف: بيع النقد بالنقد من جنسه وغيره[2].

وفرّق المالكية بين الصَّرف والمراطلة، فقالوا: الصَّرف: هو بيع

---

(1) فتح القدير مع العناية 284/5، 368.

(2) مغني المحتاج 25/3، غاية المنتهى 59/2.

النقد بنقد مغاير لنوعه، وأما المراطلة: فهي بيع النقد بنقد من نوعه، فإن كان بيع ذهب بفضة فهو الصرف، وإن كان بيع ذهب بذهب أو فضة بفضة، فإن كان بالوزن، فيقال له: مراطلة، وإن كان بالعدد، فيقال له: مبادلة[1].

والصَّرف: عقد جائز مشروع؛ لأن النَّبي ﷺ أجاز بيع الأموال الربوية ببعضها عند اتحاد الجنس مع المماثلة، أو عند اختلاف الجنس ولو مع التفاضل إذا تم قبض العوضين في مجلس العقد، بأن كان يداً بيد، فيجوز صرف ذهب بفضة، مناجزة، أي: يداً بيد لاختلاف الجنس، ولا فرق بين كون ما تراضيا عليه قدر صرف الوقت، أي: بسعر السوق، أو أقل أو أكثر، والغبن جائز[2].

شروط الصَّرف:

يشترط لصحة الصَّرف أربعة شروط، وهي: التقابض قبل التفرق، والتماثل عند اتحاد الجنس، وألا يكون فيه خيار ولا تأجيل.

1 ـ **التقابض قبل التفرق**: يشترط في عقد الصرف قبض البدلين جميعاً قبل افتراق العاقدين بأبدانهما، منعاً من الوقوع في ربا النسيئة، ولقوله ﷺ ـ فيما رواه الجماعة إلا البخاري عن عبادة بن الصامت ـ: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبُرّ بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل، سواء بسواء، يداً بيد، وإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد».

وأخرج مالك في الموطأ عن عمر رضي الله عنه أن النَّبي ﷺ قال: «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مِثْلاً بمِثل، ولا تبيعوا الوَرِق بالذهب، أحدهما غائب والآخر ناجز».

---

(1) حاشية الدسوقي 2/3، القوانين الفقهية: ص 248.
(2) حاشية الصاوي على الشرح الصغير 48/3.

فإن افترق المتصارفان بالأبدان قبل قبض العوضين أو أحدهما، فسد العقد، لفوات شرط القبض، ولئلا يصير العقد بيعاً للكالىء بالكالىء، أي: بيع الدَّين بالدَّين، فيحصل الرِّبا: وهو الفضل(الزيادة) في أحد العوضين، والتقابض شرط، سواء اتحد الجنس أو اختلف.

2 ـ التماثل: إذا بيع الجنس بالجنس كفضة بفضة، أو ذهب بذهب، وهو ما يسمى بالمراطلة عند المالكية، فلا يجوز إلا مثلاً بمثل وزناً، وإن اختلفا في الجودة والصياغة، بأن يكون أحدهما أجود من الآخر، أو أحسن صياغة، لقوله ﷺ في الحديث السابق: «الذهب بالذهب مثلاً بمثل» أي: بياع الذهب بالذهب مثلاً بمثل في القدر، لا في الصفة، عملاً بالقاعدة الشرعية: «جيدها ورديئها سواء».

3 ـ ألا يكون فيه خيار شرط: لا يجوز في عقد الصرف اشتراط الخيار لكل من العاقدين أو لأحدهما؛ لأن القبض في هذا العقد شرط بالاتفاق عملاً بالسُّنَّة، وخيار الشرط يمنع تحقيق القبض الناجز المشروط: وهو القبض الذي يحصل به التعيين، فلو شرط هذا الخيار، فسد العقد.

أما خيار الرؤية والعيب، فلا يمنع أحدهما تمام القبض المطلوب شرعاً، فلو افترق العاقدان، وفي الصَّرف خيار عيب أو رؤية، جاز، لكن لا يتصور في بيع النقود وسائر الديون خيار رؤية؛ لأن العقد ينعقد على مثلها لا على عينها.

4 ـ ألا يكون فيه أجل:

لا يجوز اشتمال الصرف على أجل لصالح أحد المتصارفين أو كليهما، وإلا فسد الصرف؛ لأن قبض البدلين مستحق قبل الافتراق كما تبين، والأجل يؤخر القبض، فيفسد العقد.

ويلاحظ أن الشرطين الأخيرين متفرعان عن شرط القبض.

وأضاف المالكية شرطين آخرين في معنى هذين الشرطين، وهما عدم الوكالة في قبض بدل الصَّرف، وعدم الإحالة في القبض لأجل التأخير، على المشهور. والراجح عندهم أنه إن قبض الوكيل بحضرة موكله فلا يضر مطلقاً، وإن قبض في غيبته ضر مطلقاً، وتجوز الوكالة في قبض بدل الصرف إن تولى الوكيل العقد والقبض، وأُمن التأخير[1] وهذا متفق عليه بين المذاهب.

التطبيقات: يتبين من هذه الشروط أحكام الفروع التالية[2]:

1 ـ إن بيع أحد النقدين بجنسه تحرم فيه النسيئة والتفاضل، وبيعه بالجنس الآخر تحرم فيه النسيئة دون التفاضل.

2 ـ لا يجوز أن يؤخذ في الصَّرف والمبادلة والمراطلة كفيل (ضامن) ولا رهن؛ لما يؤدي إليه من التأخير، وهذا متفق عليه.

3 ـ إذا صرف دنانير بدراهم، ثم وجد فيها درهماً زائفاً أو ناقصاً بعد الافتراق أو طول المجلس، فإن رضي به جاز الصَّرف، وإن رده بطل الصَّرف كله، وأخذ كل منهما ما خرج من يده، أما إن اكتشف النقص أو الغش في الدراهم أو الدنانير في مجلس العقد من غير مفارقة ولا طول مجلس، فيصح الصرف إن تم تقديم البديل الجيد أو إتمام الناقص في المجلس.

4 ـ يجوز صرف ما في الذمة إن كان حالاً عند المالكية، وهو أن يكون لرجل على آخر ذهب، فيأخذ فيه فضة، أو فضة فيأخذ فيها ذهباً. ومنعه الشافعي، حل أو لم يحل، وأجازه أبو حنيفة حل أو لم يحل، وهذا ييسّر على المدين بعملة سورية مثلاً أن يوفي ما عليه بعملة أخرى

---

(1) الشرح الصغير وحاشية الصاوي 49/3 وما بعدها، القوانين الفقهية: ص 250.

(2) القوانين الفقهية: ص 249 - 252، الشرح الصغير 48/3 - 66.

كالريال السعودي في بلد آخر بسعر الصرف القائم حالياً في الأسواق.

5 ـ لا يجوز لدى المالكية على المشهور الصرف على شيء مغصوب أو مرهون أو مودَع حتى يحضر إلى مجلس العقد، خوفاً من التأخير.

6 ـ يكره الوعد في الصَّرف على المشهور عند المالكية، وقيل: يجوز.

7 ـ لا يجوز الصَّرف على الخيار في المشهور كما تقدم.

8 ـ لا يجوز الصَّرف على التصديق في الوزن، أو في الصفة، على المشهور.

9 ـ يحرم التفاضل في الجنس الواحد من النقدين بجنسه، سواء كانت الزيادة من جنسه أو من الجنس الآخر، أو من غير ذلك، مثل أن يبيع ذهباً بذهب أكثر منه، أو بذهب مثله ويزيد بينهما فضة، أو بذهب مثله ويزيد بينهما عَرَضاً من جانب آخر أو طعاماً، كدينار وثوب أو درهم وشاة، فكل ذلك حرام عند المالكية، خلافاً لأبي حنيفة في زيادة غير الجنس، وأجاز الشافعية الزيادة بالعرض، ولم يجيزوا الزيادة بالطعام وهي مسألة درهم ومُدّ عجوة[1].

ودليل المالكية: أن ما صاحب أحد النقدين من العرض يقدَّر من جنس النقد المصاحب له، فيأتي الشك في التماثل.

10 ـ يحرم أيضاً عند المالكية التفاضل في القيمة كالتفاضل في

(1) قال الشافعية: إذا جمعت الصفقة ربوياً من الجانبين، واختلف الجنس منهما، كمد عجوة ودرهم بمد عجوة ودرهم، ومد ودرهم بمدين أو درهمين، أو اختلف النوع (نوع المبيع) في البدلين أو في أحدهما كجيدة ورديئة بجيدة ورديئة أو بجيدة فقط أو رديئة فقط، تكون الصفقة باطلة، وهذه هي مسألة مد عجوة (مغني المحتاج 28/2).

الوزن، مثل أن يبدل ذهباً بذهب أجود منه وآخر أدون منه، فذلك لا يجوز، وأجازه أبو حنيفة مطلقاً، فإن كان الجيد كله في جهة (أي: من قبل أحد العاقدين) جاز عند المالكية خلافاً للشافعية؛ لأنه من باب المعروف.

11 ـ مسألة السفاتج: وهي سلف الخائف من غرر الطريق، أي: يعطي المقرض مبلغاً بموضع، ويأخذه بموضع آخر، حيث يكون متاعه، فينتفع الدافع والقابض.

وهو عمل ممنوع عند المالكية، والشافعية، والحنفية؛ لأنه قرض جر منفعة للمقرض بربحه في السفاتج خطر الطريق[1].

وأجازها الحنابلة على الراجح إن كانت بلا مقابل، وأباحها مطلقاً ابن قدامة، وابن تيمية، وابن القيِّم؛ لأن المنفعة لا تخص المقرض، بل ينتفعان بها جميعاً[2].

12 ـ لا يجوز عند الإمام مالك رحمه الله الجمع بين الصرف والبيع في عقد واحد، مثل أن تكون سلعة فيها ذهب وغيره، فتباع بفضة، كقلادة يكون فيها ذهب وجوهر، فيجب أن ينفصل الذهب عن الجوهر، ويباع كلّ واحد منهما على حدة، لأن الثمن الذي في مقابلة الذهب من باب الصَّرف، والذي في مقابلة الجوهر من باب البيع، قال ابن جزي: إلا إن كان أحدهما يسيراً فيجوز وهو ما كان بمقدار الثلث، والمشهور المنع مطلقاً كما صرح خليل. وأجازه أشهب وأبو حنيفة مطلقاً؛ لأن كلّ أمر في هذه الصفقة جائز على انفراده.

---

(1) الخرشي على متن خليل 141/4 وما بعدها، فتح القدير 452/5، المهذب 304/1.

(2) مطالب أولي النهى 346/3، المغني 321/4، أعلام الموقعين 391/1، ط التجارية.

ومنع الشافعية هذا العقد مطلقاً كما منعوا مسألة مد عجوة ودرهم، لخبر مسلم عن فَضالة بن عُبيد قال: «أُتي النَّبي ﷺ بقلادة فيها خرز وذهب تباع بتسعة دنانير، فأمر النَّبي ﷺ بالذهب الذي في القلادة، فنزع وحده، ثم قال: «الذهب بالذهب وزناً بوزن»

وفي رواية «لا تباع حتى تفصل»[1].

13 ـ إذا كان الذهب والفضة في سلعة لا يمكن نقضه منها كالسيف والمصحف المحلَّى، فيجوز أن يباع دون أن ينقض، خلافاً للظاهرية، ويتصور ذلك في ثلاث صور:

الصورة الأولى ـ أن يباع بجنس الحلية التي فيه: مثل أن يكون محلى بفضة، فيباع بفضة، فلا يجوز ذلك إلا بشرطين:

أحدهما ـ أن تكون الحلية تبعاً: وهي أن تكون ثلث القيمة فما دون ذلك.

والثاني ـ أن يكون يداً بيد.

ومنع الشافعي ذلك مطلقاً.

الصورة الثانية ـ أن يباع بذهب أو فضة من غير جنس حليته، وذلك كأن تكون حليته فيباع بذهب أو على العكس، فيجوز بشرط أن يكون يداً بيد، ولا يشترط فيه التبعية.

الصورة الثالثة ـ أن يباع بغير الذهب والفضة من طعام أو عروض (سلع تجارية) فيجوز مطلقاً من غير شرط شيء بالاتفاق.

---

(1) مغني المحتاج 28/2.

بيوع الأمانة

المرابحة والتولية والوضيعة:

توصف هذه البيوع الثلاثة بأنها بيوع الأمانة، لاعتماد المشتري فيها على أمانة البائع في الإخبار برأس مال المبيع، ولا بد من أن يعرف كلّ من البائع والمشتري الثمن الذي اشتريت به السلعة. وهي عقود جائزة شرعاً، والفرق بينها أن المرابحة تشتمل على زيادة ربح الثمن الأصلي الذي تملّك به البائع السلعة، والتولية بيع بمثل الثمن الأصلي، والوضيعة: بيع بأقل من الثمن الأصلي.

والمرابحة: هي البيع بمثل الثمن الأول الذي اشتريت به السلعة مع زيادة ربح معلوم.

والتولية: هي البيع بمثل الثمن الأول من غير زيادة ربح ولا نقص، فكأن البائع جعل المشتري يتولى مكانه على المبيع.

والوضيعة: هي البيع بأقل من الثمن الأول[1].

---

(1) درر الحكام 180/2.

بيع المرابحة

اقتصر المالكية على الكلام عن عقد المرابحة، وما ينطبق عليها ينطبق على غيرها. والبحث يتناول تعريفها، وشروطها، وأحكامها.

تعريف المرابحة:

هي أن يعرّف صاحب السلعة المشتري بكم اشتراها، ويأخذ منه ربحاً، إما في الجملة، مثل أن يقول: اشتريتها بعشرة وتربحني ديناراً أو دينارين، وإما بالتفصيل وهو أن يقول: تربحني درهماً لكلّ دينار أو غير ذلك[1] وبعبارة موجزة: هي بيع السلعة بالثمن الذي اشتراها به وزيادة ربح معلوم للعاقدين[2].

والمرابحة جائزة عند المالكية مع خلاف الأولى، كما أن بيع المزايدة وبيع الاستئمان أو الاسترسال خلاف الأولى، والمساومة أحب إلى أهل العلم من هذه البيوع. وسبب كون الأوْلى في المرابحة والمزايدة والاستئمان تركها: أن المرابحة تتوقف على أمور كثيرة قل أن يأتي بها البائع على وجهها، وأن في المزايدة سوماً على الأخ قبل الركون، وهو موجب للشحناء، وما بعد الركون حرام، وأن بيع الاستئمان يشتمل على جهل المشتري بالثمن.

وبيع المساومة: بيع لم يتوقف ثمن مبيعه المعلوم قدره على اعتبار ثمن في بيع قبله، إن التزم مشتريه ثمنه لا على قبول زيادة عليه. فقوله:

---

(1) القوانين الفقهية: ص 263، والمقدمات الممهدات 125/2.

(2) الشرح الكبير 159/3، الشرح الصغير 215/3.

«لم يتوقف» إلخ لإخراج بيع المرابحة، وقوله: «إن التزم» إلخ لإخراج بيع المزايدة. ومثاله: أن تأتي لرب السلعة وتقول له: بعني هذه السلعة بكذا، فيقول لك: يفتح الله، فتزيد له شيئاً فشيئاً إلى أن يرضى، فتأخذها، ولم يبين لك الثمن الذي اشتراها به، وليس هنالك من يزيد عليك.

وبيع المزايدة: هو أن تعطي السلعة للدلأل ينادي عليها في السوق، فيعطي زيد فيها عشرة، فيزيد عليه عمرو، وهكذا إلى أن تقف على حد، فيأخذها به المشتري. وهو بيع جائز وليس مما نهي عنه من مساومة الرجل على سوم أخيه؛ لأنه لم يقع هنا ركون ولا تقارب بين الطرفين، فإن أعطى رجلان في سلعة ثمناً واحداً تشاركا فيها، وقيل: إنها للأول.

وبيع الاستئمان أو الاسترسال: أن تأتي لصاحب السلعة وتقول له: أنا أجهل ثمنها، بعني كما تبيع الناس، فيقول له: أنا أبيع لهم بكذا، فتأخذ منه بما قال. فهو بيع يتوقف صرف قدر ثمنه على علم أحدهما[1].

شروط المرابحة:

ذكر المالكية شروطاً للمرابحة وهي مايلي[2]:

1 ـ العلم بالثمن الأول: على البائع أن يبين للمشتري وقت البيع أصل الثمن وجميع ما غرمه على السلعة من ثمن وأجرة حمل وطي، وصبغ وطرز وخياطة، كأن يقول البائع: اشتريتها بكذا، ودفعت أجرة الحمل كذا، وأجرة الطي والشدّ كذا، وأجرة السمسار كذا، وأجرة

---

(1) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 159/3.

(2) الشرح الصغير 218/3 - 222، الشرح الكبير 161/3 - 168، مواهب الجليل 490/4 وما بعدها.

الصبغ كذا، وأجرة الخياطة كذا، وأجرة الطرز كذا، ونحو ذلك مما شأنه أن يحسب في التكاليف، إن وجد؛ لأن العلم بالثمن الأول شرط في صحة المرابحة ونحوها، فإذا لم يعلم فسد العقد. وعلى البائع أن يبين ما شأنه أن يحسب له ويربح له كالثمن والأجور المذكورة، وما شأنه أن لا يربح له كأجرة الحمل والشدّ والطي، ويبين ما شأنه أن لا يحسب له أصلاً كأجرة الدلال غير المعتاد، والعرف كالشرط في جعل نسبة الربح على الجميع أو على ما يربح له فقط.

2 ـ العلم بالربح: على البائع أن يبين الربح الذي يطلبه، سواء أكان مقطوعاً كعشرة دنانير، أم بالنسبة المئوية كعشرة في المئة، بأن يقول: أبيعك على ربح العشرة: أحد عشر أو اثنا عشر؛ لأن الربح بعض الثمن، والعلم بالثمن شرط في صحة هذه البيوع.

3 ـ العلم بأحوال المبيع المميزة له أو المكروهة عادة أو التي تقلل الرغبة فيه: على البائع أن يبين كون السلعة بلدية أو مستوردة إذا كانت البلدية مرغوباً فيها أكثر، أو كانت الرغبة في المستوردة أكثر، وأن يبين ما يُكره من قبل المشتري في ذات المبيع أو وصفه لو اطلع عليه المشتري، ولو لم يكن عيباً، كثوب من به حكة أو جرب، أو شيء من حوائج الميت، فإن لم يبين فغش أو كذب؛ لأن النفوس تنفر من ذلك عادة. فإن تحقق البائع عدم كراهة المشتري لشيء، ولو كرهه غيره، لم يجب عليه البيان.

وعلى البائع بيان ما يطرأ على المبيع من زيادة كولادة الدابة عنده، وما يستوفيه من المبيع من منافع واستعمال كركوب الدابة ولبس الثوب إذا كانا منقصين للمبيع، وما يجنيه أو يأخذه من المبيع كصوف غنم جزَّه، وثمرة مأبورة وقت الشراء؛ لأن لكلٍّ من الصوف والثمرة حصة من الثمن.

4 ـ العلم بأوصاف الثمن: ينبغي على البائع تبيين ما نقده (أي:

دفعه فعلاً) وما عقد عليه إن اختلف النقد والعقد، فقد يعقد على دنانير، وينقد عنها دراهم أو عرضاً تجارياً.

وعليه أيضاً تبيين الأجل الذي اشتراه إليه، أو الذي اتفقا عليه بعد العقد؛ لأن له حصة من الثمن، وتبيين طول زمانه، أي: مكثه عنده(عند البائع) ولو عقاراً؛ لأن الناس يرغبون في الذي لم يتقادم عهده عندهم.

وعليه كذلك تبيين وجود التجاوز (أي: رضا البائع بما وجده في الثمن من عيب) عن زيف أو نقص في الثمن إن اشترى بثمن زائف أو ناقص من الدراهم أو الدنانير، فإن لم يبين فكذب، ووجب أيضاً بيان هبةٍ لبعضِ الثمن اعتيدت بين الناس، فإن لم يكن هناك عادة بالهبة، أو وهب له جميع الثمن قبل النقد أو بعده، لم يجب البيان.

ويجب بيان التوظيف: وهو توزيع الثمن على السلع بالاجتهاد، ولو كان المبيع الموظف عليه متفقاً في الصفة كثوبين متفقين في الجنس والصفة؛ لأنه قد يخطىء في توظيفه ويزيد في بعضها لرغبة فيه، فإن لم يبين فغش على الراجح.

أما المال المثلي فلا يجب فيه البيان إذا باع بعضه مرابحة على التوظيف حيث اتفقت أجزاؤه.

وعلى هذا، إذا اشترى عشرة أثواب بمئة، ووظف على كلّ ثوب عشرة، وجب البيان، إلا إذا كان المبيع من عقد سلَم، فلا يجب بيان التوزيع؛ لأن آحاده غير مقصودة، وإنما المقصود وصفها.

ويجب بيان وجود الإقالة للمشتري إن حدثت وباع بالثمن الذي وقعت عليه الإقالة، كشراء سلعة بعشرة، وبيعه بخمسة عشر، وتقايلا عليها، فإذا باع مرابحة على الخمسة عشر، فلابد من بيان الإقالة عليها، بخلاف من باع مرابحة على العشرة، فلا يجب البيان على المعتمد، فإن كانت الإقالة بزيادة كأن تقع على ستة عشر، أو نقص كأن تقع على

أربعة عشر في المثال المذكور، فلا يجب بيانها؛ لأنها بيع ثانٍ، فنه البيع عليه مرابحة.

وهذا مثال آخر لما يجب بيانه: أن يشتري شخص بعشرين ديناراً، ثم يبيعها بثلاثين، ثم أقال المشتري منها، لم يجز أن يبيعها مرابحة إلا على عشرين؛ لأن البيع بينهما لم يتم حين استقاله المشتري وقبل البائع الإقالة.

ومثال ما لم يجب بيانه: أن يبيع شخص سلعة مرابحة، ثم يبتاعها (يشتريها) بأقل مما باعها به أو أكثر، فيجوز البيع مرابحة على الثمن الجديد، لأن هذا ملك حادث مستجد غير الملك السابق.

كيفية تحديد نسبة الربح:

للمرابحة وكيفية معرفة نسبة الربح خمسة أوجه[1]:

أحدهما: أن يبين البائع جميع ما لزمه، أي: غرمه مما يحسب أو لا يحسب مفصلاً ومجملاً، ويحدد نسبة الربح على الجميع، وهذا جائز.

والثاني ـ أن يفسّر ذلك أيضاً مما يحسب ويربح عليه وما لا يربح له وما يحسب جملة، ويحدد أصل ما يحسب عليه الربح خاصة، وهذا جائز.

الثالث: أن يفسر المؤنة (التكلفة): بأن يقول؛ مؤنة الحمل كذا، والصبغ كذا، والشّد والطي كذا، ويبيع على المرابحة: العشرة أحد عشر، ولم يفصِّل ما يوضع له الربح من غيره، أي: لم يبين ما هو أصل ثمنها ولا ثمن ماله عين قائمة كالصبغ ولا غيره، وهذا الوجه وما يليه

(1) حاشية الصاوي على الشرح الصغير 218/3 - 220.

وهو الرابع والخامس غير جائز؛ لأن الإبهام بلا تفصيل من باب الكذب، أو من باب الغش.

الرابع: أن يبهم ذلك كله ويجمعه جملة، فيقول: قامت عليّ السلعة بكذا، أو ثمنها كذا، وأبيع مرابحة للعشرة: درهم.

الخامس: أن يبهم فيها النفقة مع تسميتها، فيقول: قامت عليّ بشدها وطيها وحملها وصبغها بمائة. أو يفسرها فيقول: عشرة منها مؤنتها، ولا يفسر المؤنة.

فإذا قال: ربح العشرة أحد عشر، يزاد عُشْر الأصل (أي: الثمن الذي اشتريت به السلعة) فإذا كان الثمن مائة فالزيادة عشرة، وإذا كان الثمن مائة وعشرين فالزيادة اثنا عشر.

وإذا قال: أبيعها بربح العشرة: اثنا عشر، يزاد على الأصل: الخُمس، أي: خُمس الأصل، لأن الاثنين من العشرة خمس، وهكذا.

وإذا أبهم بأن قال: قامت علي بكذا، وأجمل الأصل مع المؤن، وهو الوجه الثالث والرابع والخامس، فلا تجوز المرابحة، ويكون للمشتري الفسخ والرضا بما يتراضيان عليه، ولا يتعين الفسخ على الراجح، إلا أن يحط البائع عن المشتري الزائد على أصل ما يلزمه وربحه، فإن حطّه لزم البيع، ومحل التخيير إذا كانت السلعة لم تفت، فإن فاتت بنماء أو نقصان، تحتم الحط.

حكم الوضيعة: حكم الوضيعة، أي: الحطيطة كحكم المرابحة، فإذا قال له: أبيعك على الوضيعة، العشرة أحد عشر، كانت نسبة الخسارة واحداً بالعشرة، فإذا كان الثمن مائة، جعل مائة وعشرة أجزاء، وحط منها عشرة، وإذا قيل؛ بوضيعة العشرة خمسة عشرة، كانت نسبة الخسارة ثلث الثمن، لأن نسبة الخمسة للخمسة عشر ثلث، فيحط عن المشتري ثلث الثمن، وإذا قيل: بوضيعة العشرة عشرين، كانت نسبة

الخسارة نصف الثمن؛ لأن نسبة العشرة للعشرين نصف، فيحط عن المشتري نصف الثمن.

حكم الخيانة إذا ظهرت:

بيع المرابحة وأمثالها بيع أمانة؛ لأن المشتري ائتمن البائع في إخباره عن الثمن الأول من غير بيّنة ولا استحلاف، فيجب صيانتها عن الخيانة وعن سببها، لقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَخُونُوا۟ ٱللَّهَ وَٱلرَّسُولَ وَتَخُونُوٓا۟ أَمَٰنَٰتِكُمْ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ [الأنفال: 27] وقوله ﷺ ـ فيما أخرج الترمذي عن أبي هريرة ـ: «من غشّنا فليس منا».

ويترتب على هذا وجوب صون هذه البيوع عن الغش والكذب والتدليس، والرجوع عن الغلط الواقع، والبائع قد يغلط وقد يكذب، وقد يغش وقد يدلّس[1].

حالة الغلط: إن غلط البائع بنقص في الثمن: بأن قال للمشتري منه مرابحة: اشتريت بخمسين، ثم ادعى الغلط، وقال: بل مائة، وصدّقه المشتري في ذلك، أو ثبت الغلط بالبيّنة بأن ظهر ما يستدل على صدقه، فللمشتري الخيار بين رد السلعة، أو دفع فرق الغلط الذي تبين بالبينة أو بإخبار البائع حيث صدقه المشتري، مع فرق الربح أيضاً. وهذا إن لم تفت السلعة عند المشتري . فإن فاتت بنماء أو نقصان، خيّر المشتري بين دفع الثمن الصحيح وربحه، علماً بأن الصحيح: ما ثبت بعد البيع، وبين دفع قيمة السلعة يوم البيع، ما لم تنقص القيمة عن الغلط وربحه، فإن نقصت فلا ينقص عنهما، وبه يتبين أن للمشتري الخيار في الفوات وعدمه، وإن اختلف مجال أو نطاق التخيير.

---

(1) الشرح الكبير 164/3 - 170، الشرح الصغير 222/3 - 225، مواهب الجليل 494/4 وما بعدها، القوانين الفقهية: ص 263 وما بعدها، المقدمات الممهدات 128/2 وما بعدها.

حالة الكذب: يكون الكذب في ست مسائل من مسائل المرابحة، وهي المذكورة في الشروط السابقة: وهي عدم بيان تجاوز الزائف، والركوب واللبس، وهبة اعتيدت، وجز الصوف التام، والثمرة المؤبرة.

فإن كذب البائع، بأن زاد في الثمن، ولو خطأ، بأن يخبر بأنه اشتراها بمائة وقد اشتراها بأقل، أو لم يبين أمراً من المسائل الست المذكورة، فإن حط البائع عن المشتري المكذوب به وربحه، لزم المبتاع (المشتري) الشراء، وقال أبو حنيفة: لا يلزمه

وإن لم يحطّه أو فاتت السلعة بنماء أو نقصان، خُيِّر المشتري [1] بين الصحيح وربحه، أو القيمة يوم قبضه ولا ربح لها، ما لم تزد القيمة على المكذوب به وربحه، فإن زادت عليهما لم يلزم الزائد، وبعبارة أخرى: لا يجوز الكذب في التعريف بالثمن، فإن كذب البائع، ثم اطلع المشتري على الزيادة في الثمن، فالمشتري مخير بين أن يمسك بجميع الثمن أو يرده، إلا أن يشاء البائع أن يحط عنه الزيادة وما ينوبها من الربح، فيلزم الشراء.

حالة الغش: يكون الغش في ست مسائل مذكورة في الشروط المتقدمة: وهي عدم بيان طول الزمان (أي: بقاء المبيع لدى البائع) وكون السلعة بلدية، أو من تركة فلان (حوائج الميت) وجز الصوف الذي لم يتم، ولبس الثوب وإرث البعض. والغش: أن يوهم وجود مفقود، مقصود وجوده في المبيع، أو يكتم افتقاد موجود مقصود فقده منه، كأن يكتم طول إقامته عنده، أو يكتب على السلعة ثمناً أكثر مما اشتراها به، ثم يبيع على ما اشترى به، ليوهم أنه غلط، أو يدخله في تركة ليس منها.

---

(1) الصواب أن التخيير للمشتري، خلافاً لما جاء في متن خليل وفي بعض الشروح أن الخيار للبائع.

وحكم الغش كحكم الكذب، فإن غش البائع بفعل شيء مما ذكر، كان المشتري مخيراً بين أن يمسك السلعة بجميع الثمن، أو يردها، إلا أنه لا يلزمه الشراء إن حط عنه البائع الثمن لأجل ما كتمه، بخلاف الكذب.

هذا إذا كانت السلعة قائمة، فإن فاتت بيد المشتري بنماء أو نقصان، يلزم المشتري الأقل من الثمن الذي وقع به البيع والقيمة. أما في حال الكذب، فيخير المشتري كما تقدم بين الصحيح وربحه، أو بالقيمة يوم القبض، ما لم تزد القيمة على المكذوب به وربحه.

حال التدليس: التدليس أعم من الغش، فمن كتم طول الزمان عنده، أو لم يبين حال النقد والعقد، فهو مدلس وليس بغاش، والمدلس بعيب في المرابحة كالمدلس في غيرها، يخير المشتري بين رد السلعة وإمساكها لديه إلا إذا طرأ عنده عيب جديد فيها، فيعمل حينئذ، بما هو المقرر في سائر العيوب، وحكمها التفصيل:

(أ) إن كان العيب الحادث عند المشتري يسيراً، كان بمنزلة العدم.

(ب) وإن كان متوسطاً، خيِّر المشتري بين أن يرد المبيع ويدفع أرش الحادث أو يمسكه لديه.

(ح) وإن كان مفوتاً للمقصود، تعين على المشتري إمساك المبيع عنده وأخذ أرش العيب القديم.

حالة اجتماع الكذب والغش والتدليس بالعيب أو اجتماع اثنين منها: إذا اجتمع في بيع المرابحة اثنان أو أكثر من الكذب والغش والتدليس، أخذ المشتري بماهو أرجح له.

الإقالـة

تعريفها ومشروعيتها وماهيتها:

الإقالة جائزة ومندوبة، لما أخرجه ابن ماجه، وابن حبان، والبيهقي، والحاكم عن أبي هريرة: «من أقال نادماً بيعته، أقال الله عثرته يوم القيامة».

وفي رواية أبي داود: «من أقال مسلماً، أقال الله عَثْرته»

وهي في اصطلاح الحنفية: رفع العقد ولو في بعض المبيع، وركنها الإيجاب والقبول[1] وفي اصطلاح المالكية: هي بيع السلعة مرة أخرى من بائعها الأول[2].

وهي عند أبي حنيفة، والشافعي، وأحمد: فسخ؛ لأن معناها لغة وشرعاً: الرفع والإزالة، ورفع الشيء: فسخه، ولأن المبيع عاد إلى البائع بلفظ لا ينعقد به البيع، فكان فسخاً كالرد بالعيب[3].

ويرى المالكية والظاهرية[4]: أنها بيع ثان؛ لأن المبيع عاد إلى البائع على الجهة التي خرج عليه منه، فهي تتم بتراضي العاقدين، ويجوز فيها مايجوز في البيوع، ويمنع فيها ما يمنع في البيوع.

---

(1) الدر المختار ورد المحتار 151/4، درر الحكام 178/2.

(2) القوانين الفقهية: ص 272.

(3) مغني المحتاج 96/2، غاية المنتهى 52/2.

(4) المحلى 7/9.

وبناء عليه يقول المالكية[1]: الإقالة بيع، فيشترط فيها مايشترط فيه، ويمنعها ما يمنعه، فإذا وقعت وقت نداء الجمعة، فسخت، وإذا حدث بالمبيع عيب وقت ضمان المشتري، ولم يعلم به إلا بعد الإقالة، فله الرد به.

واستثنى المالكية ثلاث حالات لا تكون الإقالة فيها بيعاً فإنهم قالوا: الإقالة بيع إلا في الطعام والشفعة والمرابحة.

فالإقالة في الطعام قبل قبضه ليست ببيع، وإنما هي حَلّ للبيع السابق، إن وقعت بمثل الثمن الأول، لا أكثر ولا أقل، وكانت بلفظ الإقالة لا البيع، وإلا منعت، فإذا كانت بيعاً صارت للطعام قبل قبضه، وهو ممنوع شرعاً.

والإقالة بالنسبة للأخذ بالشفعة ملغاة ولا يلتفت إليها ولا يحكم عليها بأنها حل بيع ولا ابتداء بيع، فهي ليست بيعاً ولا حل بيع، فمن باع حصته من عقار مشترك، فللشريك الأخذ بالشفعة، ولو تعدد البيع مرة بعد أخرى، وله الخيار في الأخذ بأيّ بيع شاء، وعهدة الشفيع على المشتري الذي يأخذ منه، بحيث يرجع عليه بالعيب والاستحقاق، فلو أقال المشتري البائع، أي: مالك الحصة الأصلي، فإن ذلك لا يسقط الشفعة، إذ لو كانت الإقالة بيعاً لخيِّر الشفيع بين أن يأخذ بالبيع الأول أو الثاني، ويكتب عهدته على من بايعه، مع أنه إنما يأخذ بالبيع الأول فقط، أي: بالثمن الذي وقع به، فالشفعة ثابتة وليست مرتبة على كون الإقالة بيعاً، بل على البيع الأول. ولو كانت الإقالة حَل بيع لم تثبت الشفعة، أي: لم توجد، لرجوع المبيع لصاحبه.

والإقالة في المرابحة: حل البيع أو فسخه، فمن باع بمرابحة، ثم

---

(1) الشرح الكبير 155/3 وما بعدها، مواهب الجليل 485/4 وما بعدها، الشرح الصغير 209/3 وما بعدهما.

تقايل مع المشتري، فلا يجوز له أن يبيعها مرابحة على الثمن الذي وقعت الإقالة به، إذا وقعت بزيادة في الثمن، كمن اشترى سلعة بعشرة، ثمّ باعها بخمسة عشر، ثم تقايل العاقدان، فلا يبيع الأول على الثمن الثاني إلا أن يبين ذلك للمشتري.

* * *

التولية والإشراك (الشركة)

التولية أو الشركة بالمعنى المراد هنا مثل الإقالة، تعد إنشاء بيع ثانٍ.
والتولية: تصيير مشتر ما اشتراه لغير بائعه بثمنه، والشركة هنا في مجال الأمانات لا يراد بها المعنى الأعم المتبادر عادة للذهن من الاشتراك في مال وربحه بين شخصين فأكثر، وإنما يراد بها معنى خاص وهو جعل مشتر قدراً لغير بائعه باختياره، مما اشتراه لنفسه، بمنابة من ثمنه، فقوله: «قدراً» أخرج به التولية، وقوله: «لغير بائعه» أخرج به الإقالة في بعض المواضع، وقوله: «باختياره» أخرج به ما إذا اشترى شيئاً ثم استحق جزء منه، فإنه يصدق عليه أن المشتري جعل قدراً لغير بائعه لكن بغير اختياره، وقوله: «بمنابه من الثمن» أخرج به ما إذا اشترى سلعة بدينار ثم جعل لأجنبي منها الربح بنصف دينار، فلا يصدق على ذلك شركة هنا.

وكل من التولية والشركة أمر جائز في الطعام قبل قبضه، لأنهما كالإقالة من باب المعروف كالقرض، فتسومح فيهما، أي: فكما يجوز فيه (في الطعام) القرض بعد شرائه وقبل قبضه، يجوز فيه التولية والشركة. ففي التولية بأن يقول شخص للمشتري: ولِّني ما اشتريت من الطعام، فيفعل، وفي الشركة بأن يقوله له: أشركني فيما اشتريته من الطعام قبل قبضه؛ فيشركه.

الفَصلُ الثَّاني
الإجَــارَة والجُعَــالَة

وفيه مبحثان: الأول عن الإجارة، والثاني عن الجعالة.

الإجارة

مشروعيتها، وتعريفها، وأركانها، وشروطها، وأحكامها، وصفة يد الأجير (العامل) أعذار فسخ الإجارة، وطرق انتهائها.

مشروعية الإجارة:

اتفق العلماء ما عدا بعض الشذاذ على جواز عقد الإجارة التي هي بيع المنفعة التي تستوفى شيئاً فشيئاً مع مرور الزمن، بالقرآن والسنّة والإجماع.

أما القرآن: فقول الله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: 6] وقوله سبحانه حاكياً قول شعيب لموسى عليهما السلام: ﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَىٰ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِندِكَ﴾ [القصص: 27] وشرع من قبلنا عند الجمهور غير الشافعية شرع لنا مالم يرد ناسخ.

وأما السُّنة؛ فقوله عليه الصلاة والسلام فيما أخرجه ابن ماجه عن ابن عمر: «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجفَّ عرقه».

وما أخرجه عبد الرزَّاق عن أبي هريرة وأبي سعيد الخدري: «من استأجر أجيراً فليعلمه أجره».

وأخرج أحمد، وأبو داود، والنسائي عن سعد بن أبي وقاص، قال: «كنَّا نكري الأرض بما على السواقي من الزرع، فنهى رسول الله ﷺ عن ذلك، وأمرنا أن نكريها بذهب أو ورِق» أي: فضة.

وأخرج أحمد والشيخان (البخاري ومسلم) عن ابن عبَّاس: «أن النَّبي ﷺ احتجم وأعطى الحجَّام أجره».

وأجمع العلماء في عصر الصحابة وما بعده على جواز الإجارة، لحاجة الناس إلى المنافع، كالحاجة إلى الأعيان (ذوات الأشياء المحسوسة).

تعريفها وأركانها:

الإجارة عرفاً: عقد معاوضة على تمليك منفعة مباحة مدة معلومة[1]. خرج بقوله: «عقد معاوضة» الوقف، والوصية، والهبة، والعمرى[2]، والصدقة، والإعارة، فإنها واردة على تمليك المنفعة أو الذات بدون عوض، فالوقف والإعارة والعمرى تمليك منافع، والصدقة والهبة تمليك ذات، وبقوله: «تمليك منفعة» البيع، فإنه معاوضة على تمليك ذات، والنكاح؛ لأنه تمليك انتفاع، وبقوله: «مباحة» تمليك المنافع المحرمة كإجارة المغنيات والنائحات للغناء والنوح؛ لأنها إجارة على معصية، والمعصية لا تستحق بالعقد، وقوله: «مدة معلومة» أخرج الجعالة؛ لأنها غير معينة الزمن، فإذا عُيِّن زمن معلوم فيها فسدت؛ لأن العامل لا يستحق الجُعل إلا بتمام العمل، وقد ينقضي الزمن قبل التمام، فيذهب عمله باطلاً.

---

(1) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 2/4 والفروق للقرافي 4/4.

(2) العمرى: هي أن يجعل شخص لآخر أرضه أو داره مثلاً مدة حياته، فإذا مات ترد عليه، مثل أن يقول له: أعمرتك هذه الأرض، أو هذه الدار، فإذا مت، عادت إلي، وهي جائزة عند الجمهور غير الحنفية.

والمتعارف عليه في الغالب عندالمالكية: أن العقد على منافع الآدمي كالعمال، وما ينقل (أي: المنقولات) غير السفن والحيوان، مثل استئجار الآلات يسمى إجارة، والعقد على منافع ما لا ينقل (أي: العقارات) كالأرض والدور، وما ينقَل من سفينة وحيوان كالرواحل كراء. ومن غير الغالب قد يتسامحون بإطلاق الإجارة على الكراء والكراء على الإجارة، فيطلقون العقد على منافع الآدمي ومنافع ما ينقل علَى غير السفن والحيوان كراء، ويطلقون على العقد على منافع ما لا ينقل، ومنافع السفن والرواحل إجارة.

وأركان الإجارة كما يفهم من التعريف أربعة:

1 ـ عاقد: وهو المؤجِر والمستأجر كعاقدي البيع، والمؤجِر: هو مالك المنفعة، والمستأجر: هو دافع العوض، ويقال للأول: مُكرٍ، وللثاني: مُستكرٍ.

2 ـ ومعقود عليه: وهو المنفعة.

3 ـ وصيغة: وهي الإيجاب والقبول، أو مايقوم مقامهما كالبيع.

4 ـ وأجرة: وهي العوض الذي يقابل المنفعة.

شروط الإجارة:

يشترط في كلّ ركن من أركان الإجارة شروط معينة[1] وهي مايأتي:

أولاً ـ شروط العاقدين:

يشترط في العاقد من مؤجر ومستأجر عند المالكية ما يشترط في المتبايعين، فيشترط لصحة العقد: كون العاقدين عاقلين مميزين، فلا

---

(1) الشرح الصغير 7/4 - 12، الشرح الكبير 3/4 وما بعدها، القوانين الفقهية: ص: 274 وما بعدها.

تصح الإجارة من مجنون ومعتوه وصبي غير مميز، وهذا شرط باتفاق الأئمة، وأضاف الشافعية: أن يكون العاقد عاقلاً بالغاً رشيداً مختاراً. فلا تصح عندهم من غير البالغ ولا من غير الرشيد، ولا من المكرَه. ووافقهم الحنابلة في اشتراط الاختيار في العاقد.

ويرى الجمهور أن التكليف (البلوغ والعقل) والرشد والاختيار من شروط اللزوم، فتصح عندهم إجارة الصبي المميز لنفسه أو ماله، ويتوقف لزومها على إذن وليه، وتصح إجارة السفيه(المبذر) فيما يملكه من السلع ، فإن أجر نفسه صحت الإجارة، ولا اعتراض لوليه إلا إذا حابى، وتصح إجارة المكرَه، لكن العقد غير لازم، فيجوز له فسخه بعد زوال الإكراه.

ثانياً ـ شروط الصيغة:

يشترط في الصيغة وهي الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما من كل ما يدل على تمليك المنفعة بعوض: ما يشترط في البيع ، فتنعقد بمايدل على الرضا، وإن بمعاطاة، وهذا متفق عليه خلافاً للشافعية في المعاطاة في غير المفتى به، مثل أجرتك هذا الشيء، أو أكريتك منافعه سنة مثلاً بكذا، فيقول المستأجر: قبلت أو استأجرت أو اكتريت.

ثالثاً ـ شروط الأجرة:

الأجرة: هي التي يدفعها المستأجر في مقابل ملك المنفعة، ويشترط فيها ما يشترط في ثمن المبيع؛ لأنها بمنزلته ، فكل ما صلح ثمناً في البيع صلح أجرة في الإجارة، وتلك الشروط هي ما يلي:

1 ـ أن تكون الأجرة مالاً متقوماً: فلا يصح أن تكون غير مال كالميتة والدم والتراب، ولا شيئاً نجساً أو متنجساً لا يقبل التطهير، ولا ما لا يصح الانتفاع به شرعاً، بأن كان عديم النفع أصلاً كجلد ميتة، أو منفعة غير شرعية، كخمر وخنزير وآلة لهو.

2 ـ أن تكون مقدوراً على تسليمها: فلايصح كون الأجرة بعيراً شارداً، ولا طيراً في الهواء، أو سمكاً في الماء، للعجز عن تسليمها.

3 ـ أن تكون معلومة للعاقدين: فلا يصح كونها شيئاً مجهولاً في ذاته أو في أجل تسليمه. ويجوز لدى المالكية استئجار الأجير للخدمة، والظئر (المرضع) والدابة ونحوها بالطعام والكسوة على المتعارف، أخرج أحمد وابن ماجه: أن النَّبي ﷺ قال: «إن موسى أجَّر نفسه ثماني أو عشر سنين على عفة فرجه وطعام بطنه»[1].

ولو قال: احصد زرعي، ولك نصفه، أو اطحن الحب أو اعصر الزيت (أي: الزيتون)، بنصفه، فإن ملّكه نصفه الآن، جاز، وإن أراد نصف مايخرج منه، لم يجز للجهالة، ولما أخرجه الدارقطني والبيهقي عن أبي سعيد الخدري: أن النَّبي ﷺ نهى عن عَسْب الفحل وعن قفيز الطحان[2].

ومذهب بعض المالكية، والحنابلة أنه يجوز استئجار السلاَّخ بالجلد، والطحَّان بالنُخالة أو بصاع من الدقيق ؛ لأنه استأجره على جزء من الطعام معلوم، وأجرة الطحان ذلك الجزء، وهومعلوم أيضاً، وأجابوا عن الحديث بأن القفيز مجهول، والمشهور لدى المالكية: أن

---

(1) وأجاز بقية المذاهب استئجار الظئر بطعامها وكسوتها؛ لأن العادة جرت بالمسامحة مع الأظار والتوسعة عليهن شفقة على الأولاد.

(2) لكن في إسناده متروك أو منكر الحديث: وعَسْب الفحل: أجرة ضرابه، أو ماء الفحل، أي الذكر من كل حيوان، فرساً أو جملاً أو تيساً أو غير ذلك. وقفيز الطحان: طحن الحب بجزء منه، مطحوناً، والنهي عنه لما فيه من استحقاق طحن قدر الأجرة، لكل واحد منهما على الآخر، وذلك متناقض، وقيل: لابأس بذلك مع العلم بقدره. إنما المنهي عنه طحن الصبرة لا يعلم كيلها بقفيز منها.

الإجارة فاسدة في حالة استئجار السلاّخ بالجلد؛ لأنه لا يستحق جلدها إلا بعد السلخ، ولا يدري هل يخرج سليماً أو مقطّعاً، وهي فاسدة أيضاً باستئجار الطحان بنُخالة، لجهالة قدرها، فلو استأجرها بقدر معلوم جاز، كما لو استأجره بجلد مسلوخ معلوم على أن يسلخ له شاة، ويكون للأجير المذكور أجر مثله إن عمل بأن سلخ الجلد أو طحن القمح[1].

ولا تجوز الإجارة أيضاً عند المالكية في حال كراء الأرض للزراعة بطعام أنبتته كقمح، لأنه يؤدي إلى بيع الطعام بطعام إلى أجل، أو لم تنبته كلبن وسمن وعسل، أو بما أنبتته من غير الطعام كقطن وكتان وعصفر و زعفران وتبن إلا بما يطول مكثه في الأرض كخشب حتى يعد كأنه أجنبي عنها ، كالصندل والحطب والقصب الفارسي، فيجوز، وعلة عدم كرائها بما تنبته جهالة الأجرة، حيث باع المستأجر معلوماً وهو الأجر الذي يدفعه بمجهول: وهو ما يخرج منها، ولا يعلم قدر ما يخرج منها[2].

ولا تجوز الإجارة على أن يقول شخص لآخر: اعمل على دابتي، أو اعمل في حانوتي أو في حمامي أو في سفينتي ونحو ذلك، وما تحصل من ثمر أو أجرة، فلك نصفه مثلاً ، والعقد فاسد للجهل بقدر الأجرة، فتفسخ، فإن عمل العامل فعليه لصاحب تلك الأشياء أجرة مثلها.

لكن تجوز الإجارة بقوله: احتطب على دابتي ولك نصف الحطب، إن علم ما يحتطبه عليها بعادة أو شرط، سواء قيِّد بزمن كيوم لي ويوم لك أم لا، أو نَقْلة لي ونقلة لك، فالأجرة هنا معلومة، بخلاف ما تقدم.

---

(1) بداية المجتهد 223/2، الشرح الصغير 18/4 وما بعدها، 25، 31.
(2) الشرح الصغير 20/4 وما بعدها.

أما لو قال: ولك نصف ثمن الحطب، فلا يجوز للغرَر.

وتجوز الإجارة أيضاً بقوله: احصد زرعي ولك نصفه مثلاً، أو جُذَّ نخلي ولك نصفه، أو: القط زيتوني هذا ولك نصفه، أو جُزّ صوفي هذا ولك نصفه، للعلم بالأجرة وما استؤجر عليه.

رابعاً ـ شروط المنفعة:

المنفعة: هي المعقود عليه في عقد الإجارة، ويشترط فيها ثمانية شروط:

1 ـ أن تكون المنفعة مباحة شرعاً لا محرمة ولا واجبة: أما المحرم فلا يجوز إجماعاً، لأنه إجارة على المعاصي، كاستجار آلة الملاهي والمغنيات والنائحات[1]، واستجار شخص للاعتداء على آخر بالقتل أو الضرب أو الشتم.

وأما الواجب المتعين كالصلاة والصيام: فلا يجوز الإجارة على ذاته، وتجوز الإجارة على الإمامة مع الأذان، والقيام بالمسجد لا على الصلاة بانفرادها، ولا تجوز الإجارة على حمل ميت أو دفنه على من تعيَّن عليه، ولا على فتوى تعينت على عالم، فإن لم تتعين جاز، ولا فرق في المتعين بين أن يكون فرضاً أو مندوباً كركعتي الفجر وسائر مندوبات الصلاة والصوم. أما المندوبات من غيرها كالذِّكر والقراءة، فتجوز الإجار ة عليها.

وتكره الأجرة على تعليم فقه وفرائض و بيع كتبها وإجارتها، وعلى قراءة القرآن بلحن، أي: تطريب وأنغام؛ لأن القراءة على هذا الوجه

---

(1) ومن الحرام: الرقص، والمشي على حبل أو أعواد، أو نحو ذلك من اللعب الذي يقع في الأفراح. ومنه استجار حائض أو نفساء لكنس مسجد.

مكروهة إذا لم يخرج عن حدِّه، وإلا حرمت كالقراءة بالشاذ من القراءات[1].

وتكره الأجرة على دُف، أي: طبل مغشى من جهة كالغربال، يسمى في العرف بالطار، ومِعْزَف لنكاح وهو آلة اللهو، فيشمل المزمار، ولا يلزم من جوازها فيه جواز الأجرة[2]. وتكره إجارة الحلي؛ لأنه ليس من شأن الناس والأولى إعارته؛ لأنها من المعروف.

وأجاز المالكية والشافعية الإجارة على تعليم القرآن؛ لأنه استئجار لعمل معلوم ببدل معلوم، ولما أخرجه البخاري عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: «إن أحق ماأخذتم عليه أجراً كتاب الله».

وهذا هو المفتى به عند الحنفية، وقال الحنابلة، لا تصح الإجارة على عمل يختص به المسلم، كأذان، وإقامة، وإمامة، وتعليم قرآن وفقه وحديث ونيابة في حج وقضاء، ولا يقع إلا قربة لفاعله، ويكون الثواب له، ويحرم أخذ أجرة عليه[3]. وتجوز الإجارة على الأذان عند المالكية، كماتجوز على الحجامة، فأجرة الحجام جائزة.

2 ـ أن تكون المنفعة معلومة للعاقدين علماً تنتفي به الجهالة المؤدية للنزاع: والعلم إما بالزمان كيوم أو شهر أوسنة بكذا، وكالمياومة والمشاهرة (كل يوم أو كل شهر بكذا) وإما بغاية العمل كخياطة الثوب،

---

(1) قوله ﷺ: «خيركم من تعلّم القرآن وعلّمه» رواه البخاري والترمذي عن علي: يشمل الوالد بتعليم ولده ولو بمعلم تدفع له أجرة.

(2) الراجح أن الدف والكبَر (الطبل المغشى من الجهتين) والمزمار جائزة في العرس، وتكره الأجرة عليها، وأن ما عداها حرام في العرس وغيره، فتحرم الأجرة عليها (الشرح الصغير34/4 وما بعدها، الشرح الكبير 18/4).

(3) الشرح الكبير 16/4، بداية المجتهد 221/1، مغني المحتاج 344/2 ، تبيين الحقائق للزيلعي 124/5، غاية المنتهى 205/2.

وبناء البيت، وخرز الجلد، وحصد الزرع، ودَرْس الحب، ونحو ذلك.

ولايجوز أن يجمع بين العمل والزمن؛ لأنه قد يتم العمل قبل الأجل أو بعده. والعلم بالعمل إما بالوصف كالاستئجار على خياطة ثوب بوصف معين، أو بالإشارة كالاستئجار على حمل متاع معين من جهة لأخرى، أو إصلاح آلة أو هدم بناء معينين، أو بمقتضى العرف كاستئجار الدور للسكنى والحوانيت للتجارة، والأرض للزراعة، فإن العرف يحدد المنفعة المعقود عليها، وأصناف المزروعات التي لا تضر الأرض، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

3 ـ أن يكون محل المنفعة المعقود عليها معلوماً معروفاً للمستأجر عند العقد: فإن لم يكن معروفاً كان له فسخه عند الاطلاع عليه، والواجب: إما التعيين أو الوصف الشافي المفيد للمراد، وإلا كانت الإجارة فاسدة.

فيجب في الإجارة إن لم يوصف الشيء وصفاً شافياً تعيين متعلم لقراءة أو صنعة، لاختلاف حاله بالذكاء والبلادة، وتعيين رضيع لاختلاف حاله بكثرة الرضاع وقلته.

وتعيين دار للسكنى بها، وحانوت للعمل فيه، وبنَّاء على جدار استؤجر للبناء عليه، بأن يذكر طول ما يبنى عليه، وعرضه، وكونه من حجر أو لبن أو غير ذلك، بخلاف كراء الأرض للبناء عليها، فلايشترط بيان وصف ما يبنى عليه، ويجب تعيين مسكن من دار أو غيرها لاختلاف أحواله.

وتعيين مَحْمِل للركوب فيه: وهو ما يركب فيه من مِحَفَّة (ركب نسائي لا يُقتّب) ونحوها؛ لأنه يختلف بحسب السعة والضيق والطول والقصر والمتانة وغيرها.

وتعيين دابة لركوب أوحمل، ولا يكفي الوصف فيها، إلا إذا كانت الإجارة في الذمة، فإذا كانت الدابة مضمونة في الذمة ليتوصل بها إلى

محل معين كمكة، فالواجب تعيين نوعها كإبل أو بغال، وصنفها كعِراب أو بُخْ[1]، وذكورة وأنوثة، أي: لا بد لصحة العقد من التعيين بالذات أو الوصف[2].

4 ـ أن تكون المنفعة مقدوراً على تسليمها للمستأجر: بتسليم محلها، وهو العين المستأجرة، فلا تصح إجارة دابة نافرة أوضالة أو شاردة لركوبها أو الحمل عليها، ولا إجارة العين المغصوبة أو المرهونة أو المستأجرة، لعدم القدرة على تسليم هذه الأعيان، إما للعجز عن تسليم ذواتها، وإما لتعلق حق غير المتعاقدين بها.

فإن أضيفت الإجارة إلى مابعد انتهاء حق الغير، أو أجاز صاحب الحق العقد، صحت الإجارة.

5 ـ ألا يوجد عيب في محل المنفعة يخل بالانتفاع أو يمنعه: فإن وجد مثل هذا العيب وقت العقد أو التسليم، لم يلزم العقد، وكان للمستأجر فسخه، كأن لم تكن الدار مشتملة على مجارٍ أو تمديدات مياه في المدن الكبرى ونحوها، أو ليس للأرض المستأجرة شِرْب مثلاً.

6 ـ ألا تتضمن المنفعة المعقود عليها استيفاء عين (أي: ذات) قصداً: فلا يصح عند أكثر الفقهاء استئجار شاة مثلاً لشرب لبنها، أو شجرة لأكل ثمرها؛ لأن اللبن والثمر عين، والإجارة بيع المنفعة لا بيع العين، واستثنوا استئجار المرضع للرضاع للضرورة. واستئجار أرض فيها بئر أو عين ؛ لأن ذلك تبع للأرض.

وعليه، لا تجوز إجارة ماء في نهر أو قناة؛ لأن الماء عين، ولا استئجار البحيرات والبِرك للسمك، والآجام للقصب والصيد،

---

(1) الإبل العراب والخيل العراب: خلاف البخاتي والبراذين. والبُخت: الإبل الخراسانية، وهي طوال الأعناق.

(2) الشرح الصغير 36/4 وما بعدها.

والمراعي للكلأ، فإن كلّ ذلك عين، ولإجارة ترِد على المنافع لا على الأعيان.

ولايجوز عند الجمهور استئجار الفحل للضراب، بإنزال الماء وهو عين، ولما أخرجه البخاري، وأحمد، والنسائي، وأبو داود عن ابن عمر: «أن النَّبي ﷺ نهى عن عَسْب الفحل» أي: كرائه.

وأجاز المالكية كراء الفحل للنزو على الإناث.

7 ـ أن تكون المنفعة متقومة: أي: لها قيمة، بأن تكون مملوكة على وجه خاص، فلا يصح استئجار الرياحين لشمها، ولا استئجار المصابيح للاستضاءة بنورها، ولا النار للاستدفاء بها، ولا الدنانير للتزيُّن بها، ولا الجدار للاستظلال أو التشمس به؛ لأن المنافع غير متقومة، لعدم مِلْكها، ولا يمكن للمالك منع منفعتها عن أحد، ولا يحصل بها وَهْن الذات، أي: ضعفها وتغيرها، كالدابة التي تركب، فلا يؤثر هذا الانتفاع في وهن ذاتها.

8 ـ ألا تكون المنفعة متعينة على المؤجر: فلا يجوز كما تقدم في الشرط الأول أخذ أجرة على الصلاة ذاتها، ولا على غسل ميت أو حمله أو دفنه على من تعينت عليه، ولا على فتوى تعينت على عالم، فإن لم تتعين بأن كانت على الكفاية كتغسيل ميت ودفنه حيث لا يتعين على أحد، وكفتوى لم تتعين فيجوز الإجارة عليه.

شـرط المـدة:

كما يشترط أن يكون محل المنفعة معلوماً، والأجرة معلومة، يشترط أن تكون المدة معلومة مبينة المقدار في الإجارة الواردة على المنافع التي لا يمكن استيفاؤها إلا مع امتداد المدة ومضيها، كإجارة الدور والمنازل للسكنى، والحوانيت للتجارة أو الصناعة، و الأرض للزراعة، والثوب لللبس، والعامل لأداء العمل أو الخدمة مدة معينة، والظئر (المرضع) للرضاع. والدابة أو السيارة للركوب؛ لأن المعقود عليه

لا يصير معلوم القدر بدون بيان المدة، فلا تصح الإجارة بلا بيان المدة، لوجود الجهالة المفضية إلى النزاع.

وتصح الإجارة عند أكثر العلماء على أيّ مدة طالت أو قصرت، ما دامت العين قابلة للبقاء بتقدير أهل الخبرة، ولا يقدَّر للإجارة أقصى مدة؛ إذ لا دليل من الشرع على ذلك .

وتصح الإجارة مشاهرة أو مسانهة (أو معاومة) أي: كل شهر أو سنة أو عام بكذا في رأي جمهور الفقهاء؛ لأن حجم المنفعة أو مقدارها تحدد بالمدة المذكورة. وذهب الشافعية إلى أن هذه الإجارة باطلة؛ لجهالة مدة الإجارة.

شرط العمل:

إذا كانت الإجارة واردة على الأعمال، كالخياطة، والصباغة، والتنظيف، والصناعة، والحمل، والعمل، والبناء، والرعي، ونحوه، وجب بيان نو ع العمل الذي يؤديه الصانع أو العامل، منعاً من الجهالة المفضية إلى النزاع، فيفسد العقد.

إذا كان الأجير أو العامل أجيراً عاماً أومشتركاً وهو الذي يعمل لكافة الناس دون تخصيص، فلا بد من بيان المعمول فيه، إما بالإشارة والتعيين، وإما ببيان الجنس والنوع والقدر والصفة، ففي استئجار العامل للحفر، لا بدّ من بيان مكان الحفر، وعمق الحفرة ونوعها وعرضها؛ لأن عمل الحفر يختلف باختلاف هذه الأوضاع.

أحكام الإجارة:

للإجارة أحكام عديدة، أبحث منها هنا حكم العقد أو ما يفيده من الآثار، وصفة الإجارة، واستيفاء المنفعة، ووقت وجوب الأجرة، وضمان العين المؤجرة، وصفة يد الأجير.

حكم الإجارة: أي: الأثر المترتب عليها.

إما أن تكون الإجارة صحيحة أو فاسدة، فإن كانت الإجارة صحيحة وهي التي استوفت أركانها و شروطها، وقعت لازمة في حق العاقدين، وثبت الملك في المنفعة للمستأجر، وثبت الملك في الأجرة المسماة للمؤجر؛ لأن الإجارة عقد معاوضة؛ لأنها بيع المنفعة، وحينئذ يلزم المؤجر بتسليم العين المؤجرة إلى المستأجر خالية من موانع الانتفاع بها في مدة الإجارة، ويلزم المستأجر بدفع الأجرة المتفق عليها.

وأما إذا كانت الإجارة فاسدة: وهي التي اختل فيها أحد أركانها أو شروطها، كجهالة الأجرة أو جهالة المنفعة، لم يترتب عليها عند الجمهور غير الحنفية أيّ أثر من آثار العقد الصحيح ، فلا يلزم المؤجر بتسليم العين المستأجرة، ولا يلزم المستأجر بدفع الأجرة المسماة، ولا الأجير بالشروع في العمل. فإن استوفى المستأجر المنفعة بعقد فاسد، وجبت أجرة المثل مهما بلغت، ولا تجب الأجرة المسماة، ومن المعلوم أنه لا فرق عند الجمهور بين الفساد و البطلان.

أما الحنفية: فإنهم فرقوا في المعاملات بين الفاسد والباطل، فإن كانت الإجارة باطلة كصدورها من فاقد الأهلية كالمجنون والمعتوه وغير المميز، لم يترتب عليها أيّ أثر؛ لأن المنافع عندهم لا تتقوم إلا بالعقد، وأما إن كانت الإجارة فاسدة كاشتمالها على جهالة محل المنفعة أو الأجرة أو المدة، فيجب باستيفاء المنفعة أجر المثل بحيث لا يجاوز به الأجر المسمى، إذا كان فساد الإجارة بسبب شرط فاسد، وأما في حال جهالة المسمى أو عدم التسمية، فيجب الأجر بالغاً ما بلغ.

استيفاء منفعة العين المستأجرة:

يستوفي المستأجر منفعة العين المستأجرة بحسب الشروط المتفق عليها في العقد، فإن لم يوجد فبحسب ماجرى عليه العرف، فإن تجاوز مقتضى الشرط أو العرف إلى ما هو أشد ضرراً منه، كان متعدياً ضامناً

ما يترتب على فعله من عطب أو تلف أو خراب، وعليه قيمة الشيء. وإن سلَّم الشيء، لزمه أجرة المثل فيما تجاوزه عند المالكية والشافعية[1].

ففي استئجار الدابة للركوب لا يجوز له الحمل عليها، وفي استئجارها للحمل عليها، لم يجز له الزيادة على القدر المتفق عليه أو المتعارف عليه، كما لا يجوز له تغيير نوع الحمولة، كما إذا استأجر دابة ليحمل عليها قطناً، فلا يجوز أن يحمل عليها حديداً، وإذا استأجر أرضاً لزراعة نبات معين، لم يجز له أن يزرعها نباتاً أشد ضرراً على الأرض.

فإن تماثل نوع الحمل كشعير محل قمح، أو كان أدنى ضرراً كقطن محل حديد، جاز ذلك؛ لأن الرضا بشيء يعد بمثله أو بما هو أقل ضرراً منه[2].

وإن اختلف الانتفاع باختلاف المنتفع كركوب الدابة ولبس الثوب، لم يجز للمستأجر مخالفة ما أُذن له فيه، وكان ضامناً ما يحدث من هلاك أو تلف. أما إذا لم يختلف نوع الانتفاع باختلاف المنتفع كركوب السيارة وسكنى الدار، فله استيفاء المنفعة بنفسه أو بغيره عن طريق إجارة الشيء المأجور لغيره أو إعارته له؛ لأن مالك المنفعة يستوفيها بنفسه أو بغيره.

ترميم العين المستأجرة وإصلاحها:

على المؤجر عند المالكية والحنفية ترميم ما تحتاجه العين المستأجرة من نقص ، وما تتطلبه من إصلاحات، لأن الترميم في الحقيقة من الأجرة، ولأنه هو المالك، وإصلاح الملك على المالك إلا

---

(1) الشرح الصغير 66/4 وما بعدها.

(2) الشرح الصغير 58/4 .

إذا شرط على المستأجر، أو قام المستأجر به تبرعاً من عنده.

لكن لا يجبر مؤجر الدار أو غيرها على إصلاح ما يحدث من خلل في الدار أو الحانوت أو الحمام أو البئر المكتراة، سواء أكان الخلل مما يمكن معه الانتفاع أم لا، أضرَّ بالمكتري أم لا؛ لأن المالك لا يجبر على إصلاح ملكه.

وإذا لم يجبر المكري على الإصلاح، ولم يصلح الخلل، خيِّر الساكن بين الفسخ والإبقاء، في حال حدوث خلل مضر، كتساقط المطر من السقف، وهدم ساتر أو بيت من البيوت. وإن بقي في المكان المستأجر، فالكراء كله لازم له. أما إذا كان الخلل لا يضر بالمكتري، فلا خيار له، ويلزمه السكنى.

وإن أصلح المكتري شيئاً في الدار بلا إذن، كان متبرعاً، ولا شيء له، فإن انقضت المدة، خيِّر مالك الدار بين دفع قيمة الشيء الذي أصلحه المكتري، منقوضاً، أو أمر المكتري بنقضه، كالغاصب. أما لو أذن له المؤجر بالإصلاح، فعليه قيمة الشيء قائماً غير منقوض[1].

وقت وجوب الأجرة وتملكها:

تجب الأجرة وتملك كلها عند المالكية والحنفية[2] بأحد أمور ثلاثة:

أحدها: بأن تعجل فعلاً من غير شرط، لأن تأخير التزام المستأجر بالأجرة ثبت حقاً له، فيملك إبطاله بالتعجيل، كما لو كان عليه دين مؤجل، فعجله.

---

(1) المرجع السابق 63/4، 70 وما بعدها، البدائع 208/4 وما بعدها.

(2) البدائع 201/4 وما بعدها، تكملة فتح القدير 152/7، بداية المجتهد 226/2، القوانين الفقهية: ص 275.

الثاني: بأن يشترط تعجيلها في العقد نفسه، والمسلمون عند شروطهم.

الثالث: باستيفاء المستأجر المنفعة المعقود عليها أو بالتمكن من استيفائها بتسلم العين المستأجرة وتسلم المفتاح؛ لأن المستأجر يملك حينئذ المنفعة المعوَّض عنها، فيملك المؤجر العوض في مقابلته، تحقيقاً للمعاوضة المطلقة، وتسوية بين العاقدين في حكم العقد.

وإذا اتفق العاقدان على أن الأجرة لا يجب تقديمها أو لا تستحق إلا بعد انقضاء مدة الإجارة. جاز؛ لأنه يكون تأجيلاً للأجرة بمنزلة تأجيل الثمن.

وأما إذا لم يشترط في العقد شيء، فتجب الأجرة شيئاً فشيئا، في مقابل منفعة كلّ يوم بمر من المدة؛ لأن الأجرة تملّك على حسب ملك المنافع، وملك المنافع يحدث شيئاً فشيئاً على ممر الزمان، فتملك الأجرة شيئاً فشيئاً بحسب ما يقابلها. فإذا استوفى المستأجر شيئاً من المنفعة، أو تمكن من استيفائها، تملّك المؤجر في الوقت ذاته بدل ما استوفي من الأجرة المتفق عليها، فكلما حدثت منفعة تمت المبادلة بينها وبين حصتها من الأجرة بمقتضى العقد.

وعلى هذا، قال المالكية: لا يجب تقديم الأجرة بمجرد العقد، وإنما يستحب تقديم جزء من الأجرة، باستيفاء ما يقابله من المنفعة، إلا إن كان هناك شرط أو عادة بالتعجيل أو يقترن بالعقد مايوجب التقديم، مثل أن تكون الأجرة شيئاً معيناً أو طعاماً رطباً ونحوه، أو تكون الإجارة ثابتة في ذمة الأجير، فيجب تقديم الأجرة؛ لأنها بمنزلة رأس المال في السلم.

وتملك الأجرة عند الشافعية والحنابلة بمجرد العقد؛ لأن الإجارة عقد معاوضة، والمعاوضة إذا كانت مطلقة عن الشرط تقتضي الملك في

العوضين عقب العقد، كما يملك البائع الثمن بالبيع[1].

ضمان العين المستأجرة وصفة يد الأجير:

الإجارة نوعان:

1 ـ **إجارة على المنافع**: وهي أن تكون المنفعة هي المعقود عليها، كإجارة الدور، والمنازل، والأراضي، والحوانيت، والدواب للركوب والحمل، والثياب والحلي للبس، والأواني والظروف للاستعمال.

2 ـ **إجارة على الأعمال**: وهي أن يكون العمل هو المعقود عليه، كاستئجار العامل للصناعة أوالزراعة أو البناء أوالحمل أوالتنظيف والصباغة ونحو ذلك.

ففي إجارة المنافع: تكون يد المستأجر على العين المستأجرة يد أمانة[2]، لا يضمن ما يتلف بيده إلا بالتعدي أو التقصير، فله استيفاء المنفعة بحسب مقتضى العقد وما شرط فيه، وبحسب العرف السائد، وإذا تلف عنده الشيء كله أو بعضه بلا تعدّ منه أو تقصير في المحافظة عليه، فلا ضمان عليه، أما إذا تعدى أو قصر في الحفظ، فيضمن ما ينشأ عن ذلك من تلف أو نقصان.

وفي إجارة الأعمال: إما أن يكون الأجير أو الصانع خاصاً أو عاماً.

فإن كان الأجير خاصاً: وهوالذي يعمل لشخص واحد مدة معلومة، أو هو الذي لم ينصب نفسه للناس، كخادم المنزل، وأجير المحل، والخياط الخاص، والحداد الخاص، فلا يضمن بالاتفاق بين المذاهب العين التي تسلَّم إليه للعمل فيها؛ لأن يده يد أمانة كالوكيل والمضارب، والأمين لا يضمن العين التي تتلف في يده، مالم يحدث منه تعدّ أو تقصير في حفظه، سواء تلف الشيء في يده أو أثناء عمله.

---

(1) مغني المحتاج 334/2، غاية المنتهى 116/2.

(2) الشرح الصغير 41/4.

وأما الأجير العام أو المشترك: وهو الذي يعمل لكلّ الناس على السواء، كالصانع، والصباغ، والخيّاط العام، والطباخ، والخباز، والجمّال، والملاّح. فيضمن في رأي المالكية والصاحبين من الحنفية ما يتلف بيده، ولو بغير تعدّ أو تقصير، استحساناً حفاظاً على أموال الناس من التلف أو الضياع، ولما أخرجه أحمد وأصحاب السنن الأربعة عن سمرة بن جندب أن النَّبي ﷺ قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»

وما روي عن عليٍّ رضي الله عنه أنه كان يضمِّن الصباغ والصوّاغ ويقول: «لا يُصلح الناس إلا هذا».

وروي عن عمر رضي الله عنه أنه كان يضمِّن الأجير المشترك احتياطاً لأموال الناس[1].

وقد ذكر المالكية خمسة شروط لضمان الصانع مصنوعه، كثوب يخيطه أو حلي يصوغه، أو خشبة ينشرها، أو حب يطحنه، وهي:

1 ـ **أن ينصب الصانع نفسه للصنعة لجميع الناس**: فلا ضمان على الأجير الخاص لشخص خاص أو جماعة مخصوصين.

2 ـ **أن يغيب الصانع على الشيء المصنوع**: أما إذا صنعه بحضور صاحبه ولو في غير بيته أو بيت صاحبه، فلا ضمان عليه.

3 ـ **أن يكون الصانع مما يُغاب عليه**: أي: يمكن إخفاؤه كالأشياء المنقولة من أوانٍ وسلع كالحلي، والثياب، والسلاح، والكتب، أما ما لا يُغاب عليه، أي: لا يمكن إخفاؤه كالسفن الواقفة في المراسي والحيوان والعقار، فلا ضمان عليه.

4 ـ **ألا يكون في صنعته تغرير، أي: تعريض للإتلاف**: كثقب اللؤلؤ

---

(1) بداية المجتهد 229/2 وما بعدها، القوانين الفقهية: ص 336، الشرح الصغير 46/4 وما بعدها. المغني 479/5 وما بعدها، البدائع 210/4.

ونقش الفصوص وتقويم السيوف وخبز الخبز في الفرن.

5 - ألا يكون له بينة بتلفه بلا تفريط: فإن أثبت تلف المتاع بلا تفريط، فلا ضمان عليه[1].

أعذار فسخ الإجارة:

الإجارة في رأي الحنفية[2]: عقد لازم، لقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1] لكن يجوز فسخه بعذر، فتفسخ الإجارة بموت أحد العاقدين: المؤجر أوالمستأجر، لانتقال ملكية العين المستأجرة إلى الورثة، ولم يعقد العقد معهم.

ورأى بقية الأئمة[3]: أن الإجارة عقد لازم، لا ينفسخ إلا بما تنفسخ به العقود اللازمة، من وجود العيب بها، أو ذهاب محل استيفاء المنفعة، لقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1] ولأن الإجارة عقد معاوضة على منفعة، فلم ينفسخ كالبيع، وعليه، لا تنفسخ الإجارة بموت أحد العاقدين.

وفصّل المالكية الرأي فقالوا[4]:

تفسخ الإجارة بتعذر استيفاء المنفعة المعقود عليها، كدار وحانوت وحمام وسفينة ونحوها، وإن لم تعين حال العقد، ودابة تعينت، والتعذر أعمّ من التلف، فيشمل الضياع، والمرض، والغصب وغلْق الحوانيت قهراً، فإذا غصبت الدار أو غيرها، أو منفعة الشيء المستوفى منه، ولو لم تغصب ذات المعقود عليه، أو أغلقت الحوانيت المكتراة بحيث لا يتمكن مستأجرها من الانتفاع بها، فسخت الإجارة، ويلزم

---

(1) الشرح الصغير، المكان السابق.

(2) البدائع 201/4، المبسوط للسرخسي 2/16.

(3) بداية المجتهد 227/2، مغني المحتاج 355/2، المغني 409/5 - 411.

(4) الشرح الصغير 49/4، 69، المقدمات الممهدات 243/2 - 245.

الظالم الغاصب الأجرة للمستأجر إذا قصد غصب المنفعة فقط.

وإذا حملت الظئر (المرضع) أو مرضت لا تقدر على الرضاع، جاز فسخ الإجارة، ولا يلزم الفسخ بالفعل، لتعذر الرضاع عادة إذا حملت؛ لأن لبن الحامل يضر الرضيع.

وكذا إذا مرضت الدابة المستأجرة مرضاً أعجزها عن متابعة السير أو فعل ما استؤجرت عليه، جاز فسخ الإجارة، إلا إذا صحت في مدة الإجارة قبل أن يتفاسخ العاقدان، فيلزمه بقية العمل ولا تنفسخ.

ويلزم كراء أرض الزراعة بالتمكن من الزرع، وإن لم يزرع، مالم يكن المانع له من الزرع أكل دود أو فأر له إبّان الزرع ، فلا يلزمه الكراء. ويبقى اللزوم وإن فسد الزرع بسبب جائحة لا دخل للأرض فيها، كجراد، وجليد، وبرد، وجيش، وغاصب، وعدم نبات بذر، بخلاف مالها فيه دخل، فإن تلف الزرع بآفة الأرض الناشئة منها، كدودها أو فأرها أو عطش في أرض المطر لعدم نزوله عليه، كعدم الري في نهر النيل مثلاً، أو غرق للأرض قبل إبان الزرع، واستمر الغرق عليها حتى وقت الزرع ، فلا يلزمه الكراء.

أما غرق الأرض بعد فوات الإبان (أي: وقت الحرث) أو السجن، فلا يعد عذراً للفسخ، ويلزمه الكراء، كمايلزمه إن لم يزرع المكتري لعدم وجود البذر ، لتمكنه من إيجارها لغيره، فإن تعذر وجود االبذر بنحو عام من البلد، سقطت الأجرة، لعموم العذر.

انتهاء الإجارة:

تنتهي الإجارة ببعض الأحوال، التي منها محل اتفاق، ومنها مختلف فيه، وهذه الأحوال هي ما يأتي:

1 ـ موت أحد العاقدين: تنتهي الإجارة عند الحنفية كما تقدم بموت أحد العاقدين؛ لأن الإرث يجري في الموجود المملوك، والمنفعة التي تحدث شيئاً فشيئاً تكون معدومة عند موت المورث، فلا تكون مملوكة

له، وما لم يملكه يستحيل توريثه، فيحتاج عقد الإجارة للتجديد مع الوارث، حتى يكون العقد قائماً مع المالك.

وقال جمهور الفقهاء: لا تنتهي الإجارة بموت أحد المتعاقدين؛ لأنها عقد لازم كالبيع، ولكن تنفسخ الإجارة بموت الظئر (المرضع) أو الصبي، لفوات المنفعة بهلاك محلها وهو الظئر، ولتعذر استيفاء المعقود عليه بموت الصبي؛ لأنه لا يمكن إقامة غير هذا الصبي مقامه.

2 ـ الإقالة: تنتهي الإجارة بالإقالة ؛ لأن الإجارة معاوضة مال بمال، فكانت محتملة للإقالة كالبيع، وهذا متفق عليه.

3 ـ هلاك العين المستأجرة المعينة: تنتهي الإجارة بتلف أو تعذر ما يستوفى منه، كموت الدابة المعينة، وانهدام الدار، وتلف المستأجَر عليه، كالثوب المقدم للخياطة أو القصارة (تبييض الثياب ودقّها)، لوقوع اليأس عن استيفاء المعقود عليه بعد هلاكه، فلم يكن في بقاء العقد فائدة. وإذا فسخت الإجارة، تمت المحاسبة بين الطرفين باعتبار ماحصل من المنفعة ومالم يحصل، فما حصل من المنفعة يلزمه أجرته بحسابه، وما لم يحصل لا شيء عليه فيه[1].

فإن كانت الإجارة على دواب بغير أعيانهاللحمل أو الركوب، فتسلم المستأجر الدواب، فهلكت لا تبطل الإجارة، وعلى المؤجر أن يأتي بغيرها لإتمام الحمل أو الركوب، لالتزامه به في ذمته، وهذا السبب متفق عليه.

ولا تنفسخ الإجارة بموت ما يستوفى به كالساكن والراكب، ويقوم وارثه مقامه.

4 ـ انتهاء المدة: تنتهي الإجارة بانقضاء مدتها إلا لعذر يقتضي

---

(1) الشرح الصغير 49/4.

بقاءها، كما إذا انتهت المدة، وفي الأرض المستأجرة زرع لم يستحصد، فإنه يترك إلى الحصاد بأجر المثل، وكما إذا استأجر سفينة لمدة معينة، وانتهت المدة، والسفينة في عُرض البحر، لم تصل إلى تمام رحلتها ، فإن الإجارة تبقى بأجر المثل، حتى تصل السفينة إلى المكان المقصود، وهذا محل اتفاق بين الفقهاء.

* * *

الجعالـة

تعريفها، ومشروعيتها، وصيغتها، وشروطها، وصفتها.

تعريف الجعالة:

الجعالة لغة: هي ما يجعل للإنسان على فعل شيء، واصطلاحاً: التزام أهل الإجارة عوضاً عُلم لتحصيل أمر يستحقه السامع بالتمام[1]؛ أي: التزام المتأهل لعقد الإجارة، وهو العاقل المميز، عوضاً معلوماً، لتحصيل أمر من الأمور، كإتيان بشيء وحمل وحفر، يستحقه السامع ولو بواسطة، على ملتزم العوض عند تمام العمل المطلوب. وتمامه: بتحصيل ثمرته، وبه تخرج الإجارة، ومفهومه أنه إذا لم يتم العمل فلا يستحق السامع شيئاً، وقوله: «لتحصيل أمر» خرج به البيع؛ لأن التحصيل فعل من الأفعال، لا ذات، والبيع في الذوات. وإذا كان العوض مجهولاً فلا يصح جعالة ولا إجارة ولا بيعاً.

وعرفها ابن جُزَي بقوله: الجعالة أوالجعل، هوالإجارة على منفعة يُظَن حصولها[2]. وهي بتثليث الجيم.

مشروعيتها:

لم يجز الحنفية[3] الجعالة، لما فيها من الغرر، أي: جهالة العمل

(1) الشرح الصغير 79/4 وما بعدها، الشرح الكبير 60/4.
(2) القوانين الفقهية: ص 275.
(3) البدائع 203/6 وما بعدها.

والمدة، قياساً على سائر الإجارات التي يشترط لها معلومية العمل والمأجور والأجرة والمدة، وإنما أجازوا فقط استحساناً دفع الجعل لمن يرد العبد الأبق (الهارب).

وأجاز بقية المذاهب [1] الجعالة بقوله تعالى: في قصة يوسف عليه السلام مع إخوته: ﴿ قَالُواْ نَفْقِدُ صُوَاعَ ٱلْمَلِكِ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ﴾ [يوسف: 72] أي: كفيل، والصواع: مكيال يكال به، وبما ثبت في السنَّة من جواز أخذ الأجرة على الرُّقية بالفاتحة. والحاجة تدعو إلى الجعالة لرد ضالة، وأداء عمل لا يقدر عليه صاحبه، فجاز بذل الجُعْل، كالإجارة والمضاربة، ولا تضّر جهالة العمل والمدة، خلافاً للإجارة، لأن الجعالة عقد غير لازم، ومن طرف واحد، بإرادة منفردة، وهي رخصة، والإجارة عقد لازم، وتنعقد باتفاق إرادتين ، وتفتقر إلى تعيين المدة لمعرفة قدر المنفعة.

صيغتها وأركانها:

أركان الجعالة كالإجارة أربعة: العاقد (وهو الجاعل والعامل أو المجاعل) والمعقود عليه (وهو تحصيل الشيء المطلوب) والعوض، والصيغة.

ولا يشترط في الصيغة لفظ معين كالإجارة، وتصح بما يدل على الإذن بالعمل بطلب صريح، وبعوض معلوم مقصود عادة ملتزم به، فهي التزام بإرادة منفردة أو واحدة، فلو عمل العامل بلا إذن، أو أذن الجاعل لشخص، فعمل غيره، فلا شيء له؛ لأن الأول عمل متبرعاً، والشخص المعين في الحال الثانية لم يعمل.

ولا يشترط في الجاعل كونه مالكاً ، فيصح لغيره أن يلتزم بجعل، ويستحقه العامل الذي رد الشيء.

---

(1) بداية المجتهد 233/2، المهذب 411/1، كشاف القناع 225/4.

ولا يشترط قبول العامل، وإن عيَّنه الجاعل؛ لأن الجعالة التزام من جانب واحد. ويصح أن تكون الجعالة لواحد معيَّن أو لغير معيَّن، كما يصح أن يجعل الجاعل للمعين عوضاً، ولسائر الناس عوضاً آخر.

شروط الجعالة:

تبين من تعريف الجعالة أن الجاعل عند المالكية عاقل مميز، وأن الجُعل مال معلوم غير مجهول، وأن المنفعة معلومة حقيقة، ويباح الانتفاع بها شرعاً، فتفسد الجعالة إذا صدرت من غير مميز، أو كان الجعل مجهولاً أو المنفعة مجهولة، أو المنفعة محرمة كالغناء، والزمر، والنواح، وسائر المحرمات، والقاعدة في ذلك عند الفقهاء: كل ما جاز أخذ العوض عليه في الإجارة من الأعمال، جاز أخذ العوض عليه في الجعالة، وما لا يجوز أخذ العوض عليه في الإجارة، لا يجوز أخذ الجعل عليه.

وأضاف المالكية: كل ما جاز فيه الجُعل كحفر الآبار في فلاة، جازت فيه الإجارة، لا العكس، فليس كل ما جازت فيه الإجارة، جاز فيه الجُعل، كبيع سلع وخدمة شهر وحفر بئر بملك، تصح فيه الإجارة دون الجعالة؛ لأن الجعالة تكون فيما لا يحصل للجاعل نفع إلا بتمام العمل، وهذه الأمور يبقى فيها للجاعل منفعة إذا لم يتم العامل العمل.

ولا بد عند المالكية من تحقيق منفعة مقصودة للجاعل، فمن جعل ديناراً لمن يصعد جبلاً مثلاً، لا لشيء يأتي به، لا يصح التزامه ولا جعالته.

واشترط المالكية في الجعالة ثلاثة شروط[1]:

1 ـ أن تكون الأجرة معلومة: فلا يصح كون العوض مجهولاً.

---

(1) الشرح الصغير 81/4، الشرح الكبير 63/4، القوانين الفقهية: ص 276.

2 ـ **ألا يحدد للعمل أجل**: أي: ألا يعين زمن محدد لإنجاز العمل، فإن عُيّن زمن، كأن يقول: على أن تأتيني بالشيء الضائع أو تحفر لي البئر ونحو ذلك في مدة كذا، فسدت الجعالة؛ لأن العامل لا يستحق الجُعْل إلا بتمام العمل، وقد ينقضي الزمن قبل التمام، فيذهب عمله باطلاً، فيؤدي إلى زيادة الغرر، مع أن الأصل في الجعالة الغرر أي الجهالة، وهي رخصة اتفاقاً لما فيها من الجهالة، وإنما أجيزت لإذن الشارع بها.

3 ـ **ألا يشترط نقد الجُعل**: فإن شرط النقد يفسدها؛ لأنه سلف جر نفعاً بطريق الاحتمال، وهذا من أبواب الربا، أما تعجيل العوض بلا شرط فلا يفسدها. فإن فسدت الجعالة لفقد شرط من شروطها، وجب للعامل جعل المثل لا أجرته إن تم العمل، فإن لم يتم العمل فلا شيء له، إلا أن يلتزم الجاعل للعامل الجعل مطلقاً، سواء تم العمل أم لا، فيجب حينئذ أجرة المثل، وإن لم ينجز العمل، كما إذا قال: إن أتيتني بضالتي المفقودة فلك كذا، وإن لم تأت بها فلك كذا، فيستحق أجر المثل، لخروجها عن حقيقتها؛ لأن المقرر فيها أنه لا جعل إلا بتمام العمل(1).

صفة الجعالة:

الجعالة بالاتفاق عقد جائز غير لازم، بخلاف الإجارة فهي عقد لازم لا يفسخ، فيجوز لكلٍّ من الجاعل والعامل فسخها، ويجوز عند المالكية الفسخ قبل الشروع في العمل، ويلزم الجاعل بالجعل للعامل بالشروع في العمل، وأما العامل فلا يلزم بشيء قبل العمل أو بعده(2).

وأجاز الشافعية والحنابلة فسخ الجعالة في أيّ وقت شاء الجاعل

(1) الشرح الكبير 65/4، والشرح الصغير 85/4.
(2) الشرح الكبير، المكان السابق.

والعامل، ولو بعد الشروع في العمل، كسائر العقود الجائزة (غير اللازمة) مثل الشركة والوكالة؛ لأن العامل قبل البدء في العمل لم يعمل شيئاً، وبعد الشروع في العمل لم يتحقق غرض الجاعل، لكن إن فسخ الجاعل الجعالة بعد الشروع في العمل، وجب عليه أجرة مثل عمله في الأصح عند الشافعية[1].

* * *

(1) مغني المحتاج 433/4، كشاف القناع 225/2.

الفَصلُ الثَّالِثُ
القَــــرْض

تعريفه ومشروعيته، أركانه، حكم الخيار والأجل فيه، وقت لزومه، شروطه، والقرض الذي جر نفعاً، هدية المديان، قرض الخبز، أداء القرض، ومكان الوفاء، أحكام القضاء والاقتضاء (الدفع والقبض)

تعريف القرض:

القرض لغة: القطع، وسمي المال المدفوع للمقترض قرضاً؛ لأن المقرض قطعه من ماله، ويسمّى أيضاً السلف.

واصطلاحاً كما ذكر المالكية[1]: هو إعطاء مُتَموَّل في نظير عوض متماثل في الذمة لنفع المعطَى فقط، أي: دفع شيء من الأموال من مثلي أو حيوان أو من العروض التجارية للمعطى في مقابل عوض مماثل له قدراً وصفة في ذمة المعطى له، ولنفع المعطى له، لا نفع المعطي، ولا نفعهما معاً، وإلا كان من الرِّبا المجمع على تحريمه.

وكونه في نظير عوض: قيد أخرج به الهبة والصدقة والإعارة، لأنها ليست في نظير عوض، وكون العوض فيه مماثلاً: قيد آخر لإخراج البيع والسَّلَم والصَّرف والإجارة والشركة؛ لأن العوض فيها مخالف. وكونه في الذمة: يراد به أن يكون مؤجلاً في ذمة المقترض، فتخرج المبادلة المثلية في الحال كدفع دينار أو صاع في مثله حالاً، ويصح عند المالكية

---

(1) الشرح الصغير 291/3.

كون القرض بالحلول أو مؤجلاً إلى أجل معلوم.

وبه يتبين أن القرض: هو إعطاء شخص مالاً لشخص آخر في نظير عوض يثبت له في ذمته، مماثل للمال المأخوذ لقصد نفع المعطى له، وهذا تعريف المالكية، والشافعية، والحنابلة. وعرفه الحنفية بأنه تمليك مال مثلي ليرد مثله[1]. وهذا يدل على أنهم قصروا القرض في الأموال المثلية خلافاً للجمهور الذين أجازوه في الحيوان والعروض التجارية أيضاً.

مشروعيته وحكمه التكليفي:

القرض جائز بالكتاب والسنَّة والإجماع.

أما الكتاب: فمنه آيات تدل على مشروعية القرض بمعنى الصدقة والمعروف بنحو عام، مثل قوله تعالى: ﴿إِن تُقْرِضُوا اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا يُضَاعِفْهُ لَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ﴾ [التغابن: 17] وقوله سبحانه: ﴿مَن ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا فَيُضَاعِفَهُ لَهُ﴾ [الحديد: 11].

وأما السنَّة: ففيها الدلالة الصريحة على مشروعية القرض بالمعنى الخاص، أخرج ابن ماجه، وابن حبَّان، والبيهقي عن ابن مسعود أن النَّبي ﷺ قال: «ما من مسلم يقرض قرضاً مرتين إلا كان كصدقة مرة».

وأخرج ابن ماجه والبيهقي عن أنس بن مالك قال: قال رسول الله ﷺ: «رأيت ليلة أُسري بي على باب الجنة مكتوباً: الصدقة بعشر أمثالها، والقرض بثمانية عشر، فقلت: يا جبريل، ما بال القرض أفضل من الصدقة؟ قال: لأن السائل يسأل وعنده، والمستقرض لا يستقرض إلا من حاجة».

وأجمع المسلمون على جواز القرض، وهو مندوب إليه، لما فيه من

---

(1) الدر المختار 179/4.

التعاون على البر والمعروف، وقضاء الحاجة، وكشف الكرب، أخرج مسلم وأصحاب السنن الأربعة عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النّبي ﷺ قال: «من نفَّس عن مسلم كربة من كُرَب الدنيا، نفَّس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة، ومن يسّر على معسر يسَّر الله عليه في الدنيا والآخرة، والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه».

وقد يصبح القرض واجباً إذا كان لمضطر يتحقق بتركه هلاكه، وقد يصير حراماً كالقرض لمن يعلم أنه ينفقه في المعاصي، وقد يكون مكروهاً كالقرض لمن في ماله شبهة، أو لمن يظن صرفه في معصية.

أركانه:

للقرض أركان أربعة: وهي المقرض والمقترض، والمال المقرض، والصيغة الدالة عليه: وهي الإيجاب والقبول؛ لأنه تمليك آدمي، فلم يصح من غير إيجاب وقبول كالبيع والهبة، ويصح بلفظ القرض والسلف ونحوهما، كأن يقول: أقرضتك أو سلّفتك هذا المال، أو خذ هذا الشيء قرضاً، أو ملكتك هذا الشيء على أن ترد علي بدله.

حكم الخيار والأجل فيه:

لا يثبت في القرض خيار المجلس ولا خيار الشرط؛ لأن المقصود من الخيار هو الفسخ، والقرض في أصله عند المالكية عقد جائز غير لازم، يجوز لأي واحد من العاقدين فسخه متى شاء، فلا معنى للخيار فيه.

ولا يجوز عند الجمهور غير المالكية اشتراط الأجل في القرض، فإن أجّل القرض إلى أجل مسمىً معلوم، لم يتأجل، وكان حالاً؛ لأنه في معنى بيع الدرهم بالدرهم، فلا يجوز التأجيل، منعاً من الوقوع في ربا النسيئة، ولأن القرض تبرع، فلو لزم فيه الأجل، لم يبق تبرعاً، ولأن المقرض متفضل محسن، وما على المحسنين من سبيل.

قال الإمام مالك: يتأجل القرض بالتأجيل، فهو جائز بالحلول أو بتأخيره إلى أجل معلوم[1]، فلا يجوز للمقرض أن يطلب الوفاء إلا عند حلول الأجل، لقوله تعالى: ﴿ أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ ﴾ [المائدة: 1] وللحديث الثابت: «المسلمون عند شروطهم»[2]. وهذا ما لم يكن للمقرض غرض في التأجيل، فإذا كان للمقرض غرض في التأجيل، فلا يصح شرط الأجل بالاتفاق، لأنه يجر نفعاً للمقرض فيكون ربا، فإذا شرط الأجل حينئذ فسد العقد. وللمقترض أن يشترط تقديم رهن أو كفيل أو إشهاد؛ لأنها توثيقات، لا منافع زائدة، فلا تعد ربا.

وقت لزومه:

يرى الجمهور أن القرض يثبت الملك فيه ويتم ويلزم بالقبض، فما لم يقبض لا يلزم ويجوز الرجوع عنه، وإذا قبض وجب رد مثله عند الحنفية؛ لأنه مقصور عندهم على المثليات ويرد المثل حقيقة في المثلي، والمثل صورة في القيمي عند الشافعية والحنابلة، والمثل في الصفة والقدر عند المالكية؛ لأن النبي ﷺ اقترض جملاً بَكْراً ورد رَباعياً[3]، وقال: «إن خياركم أحسنكم قضاء»[4].

وذهب المالكية إلى أن القرض يتم ويلزم ويملك بالعقد، وإن لم يحصل قبض، كالهبة والصدقة والإعارة، فالقبض ليس شرطاً في تمامه ولزومه على الراجح، ولا يجوز للمقرض الرجوع عنه بعد انعقاده،

---

(1) القوانين الفقهية: ص 288.

(2) رواه أحمد، وأبو داود، والترمذي، والدارقطني عن عمرو بن عوف عن أبيه عن جده.

(3) البكر: الثني من الإبل، والرَّباعي: الذي أكمل ست سنوات ودخل في السابعة.

(4) رواه أحمد، ومسلم، وأصحاب السنن الأربعة عن أبي رافع.

ولا يبطل إذا حصل مانع للمقترض قبل قبضه وحيازته[1].

شروط القرض:

يشترط في العقد إما في المقرض، أو في المقترض، أو في المال المعطى، أو في القرض ذاته.

أما شرط المقرض: فهو أن يكون من أهل التبرع وهو البالغ العاقل الرشيد: فلا يصح القرض من محجور عليه لصغر أو جنون أو عتَه أو سفَه (تبذير) ولا من الولي على أموال هؤلاء، إلا لضرورة عند الجمهور؛ لأن القرض له شبه بالتبرع، باعتبار كونه إعطاء مال بدون عوض مقبوض في الحال.

وأما شرط المقترض: فهو أن يكون جائز التصرف في المعاملات المالية، بأن يكون بالغاً رشيداً؛ لأن القرض له شبه بالمعاوضات المالية، باعتبار أن المقترض يؤدي للمقرض بدله، فإذا باشره محجور عليه، كان باطلاً عند الشافعية، ويتوقف نفاذه على إجازة الولي عند الأئمة الثلاثة.

وشرط المال المعطى: أن يكون عند الحنفية من الأموال المثلية، وهي المكيلات كالحبوب، والموزونات كالقطن والحديد، والذرعيات كالقماش، والعدديات المتقاربة كالجوز، والبيض، والورق من مقياس واحد، ولا يجوز القرض عندهم في غير المثلي في القيميات والعدديات المتفاوتة، كالثياب، والحيوانات، والأحطاب، والعقارات، والعروض التجارية، لأن القرض عندهم تمليك مثلي على أن يرد مثله، ويتعذر رد المثل في القيميات[2].

---

(1) الشرح الكبير 226/3، الشرح الصغير 295/3.

(2) القوانين الفقهية: ص 288/3، الشرح الصغير 295/3.

وأجاز الجمهور (المالكية، والشافعية، والحنابلة)[1]: القرض في كل ما يثبت في الذمة من المثلي أو غيره من النقود، والأطعمة، والعروض، والحيوانات، ولا يصح فيما لا يثبت في الذمة، كالشيء المعين من أرض ودار وحانوت وبستان؛ لأن القرض يقتضي رد المثل، وهذه لا مثل لها.

والمماثلة المعتبرة في العوض عند المالكية: هي المماثلة في الصفة والقدر، وعند الشافعية والحنابلة في الصورة.

ويشترط أيضاً في العوض المماثل: أن يكون مما يوجد غالباً عند الرد، فلا يصح القرض في نادر الوجود كالجواهر النفيسة، لعدم وجودها غالباً عند الرد.

وأما ما يشترط في عقد القرض ذاته فهو شرطان[2]:

1 ـ ألا يجرَّ نفعاً: فإن كانت المنفعة للدافع منع اتفاقاً للنهي عنه، وخروجه عن باب المعروف، وإن كانت للقابض جاز، وإن كانت بينهما لم يجز لغير ضرورة، واختلف في حال الضرورة كمسألة السفاتج السابقة، وسلف طعام مسوس أو معفون ليأخذ سالماً، أو مبلول ليأخذ يابساً، والراجح عند المالكية الجواز لضرورة، كعموم الخوف على المال في الطرق، فيجوز للمقرض أن يسلف مالاً لمن علم أنه يَسْلَم معه، كما يجوز إن قام دليل على نفع المقرض فقط كمجاعة، أو كان بيع المسوَّس الآن أحظ للمقترض لغلائه، ورخص الجديد في إبّانه.

2 ـ ألا ينضم إلى السلف عقد آخر كالبيع وغيره، لما أخرجه الخمسة (أحمد وأصحاب السنن) عن عبد الله بن عمرو رضي الله

---

(1) الشرح الكبير 222/3، القوانين الفقهية: ص 288، المهذب 303/1، غاية المنتهى 84/2 وما بعدها، مغني المحتاج 118/2.

(2) القوانين الفقهية: ص 288، الشرح الصغير 295/3.

عنهما: أن النَّبي ﷺ قال: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع..».

القرض الذي جر نفعاً: اتفق العلماء[1] على تحريم القرض الذي يجر منفعة للمقرض، إذا كان النفع مشروطاً أو متعارفاً عليه في القرض، لأنه يكون سلفاً بزيادة، وهو ربا، والرّبا حرام بالإجماع، ولأن النَّبي ﷺ نهى عن سلف وبيع، فقال في الحديث السابق: «لا يحل سلف وبيع» والسلف: هو القرض في لغة أهل الحجاز، وروي عن جماعة من الصحابة: «أنهم نهوا عن قرض جر منفعة» ولأن القرض عقد تعاوني ومن أعمال المعروف، فإذا شرط فيه منفعة خرج عن موضوعه، فيكون القرض فاسداً عند الحنفية والمالكية، وصحيحاً والشرط باطلاً عند الشافعية والحنابلة.

أما إذا لم يشرط النفع في العقد، أو لم يكن متعارفاً، جازت الزيادة على التفصيل الآتي في هدية المدين (المقترض).

وعلى هذا فرّع الفقهاء ما يأتي:

1 ـ **السلف والبيع:** يحرم اجتماع هذين العقدين في صفقة واحدة، كأن يقرضه ألفاً على أن يبيعه داره، ويحرم أيضاً على المقرض الاشتراط على المقرض إعارته دابته أو سيارته، أو السكنى في داره مثلاً.

2 ـ **اشتراط الزيادة:** لا يجوز للدائن المرتهن بالاتفاق الانتفاع بالرهن إذا كان مشروطاً أو متعارفاً عليه.

ولا يجوز للمقرض أن يشترط زيادة في وفاء القرض، والزيادة

---

(1) الشرح الكبير 224/3 وما بعدها، الشرح الصغير 295/3، القوانين الفقهية: ص 288، الدر المختار ورد المحتار 182/4، مغني المحتاج 119/2 وما بعدها، المغني 321/4 وما بعدها.

المتعارفة كالشرط، كأن يشترط دينارين عن دينار أو ثوبين عن ثوب من جنس واحد، أو شاتين عن شاة.

ولا يجوز اشتراط ردّ الأجود في الصفة، كجيد عن رديء من جنسه، مثل ثوب جيد عن رديء من جنسه، وصاع قمح جيد عن صاع رديء.

3 ـ هدية المدين أو المديان: يرى الحنفية أن الهدية للمقرض تكره تحريماً إن كانت بشرط، وإلا فلا.

ويرى المالكية: أن هدية المقترض (المدين) للمقرض (الدائن) حرام إن قصد المهدي بهديته تأخير الدين ونحوه، ولم تكن هناك عادة سابقة قبل القرض بإهداء الدائن بالمثل صفة وقدراً، أو حدث موجب جديد كصهارة أو جوار أو فرح أو سفر أو موت، وكان الإهداء لذلك لا للدَّين، والحرمة تشمل الأخذ والدفع.

ويحرم على المقرض الانتفاع بشيء من أموال المقترض كركوب دابته، والأكل في بيته لأجل الدَّين، لا للإكرام ونحوه، ويحرم على المقترض أن يبيع للمقرض مسامحة بأقل من ثمن المثل إذا كان ذلك من أجل القرض[1]. ويجوز للمقترض رد أفضل مما اقترضه صفة؛ لأنه حسن قضاء، إذا كان بلا شرط ولا عادة، لأن العادة كالشرط، ويتعين رد المثل، وإلا منع الأفضل، عملاً بخبر أبي رافع الآتي.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن اشتراط المقرض بيع دار المقترض له، أو على أن يرد عليه أجود منه أو أكثر منه حرام. فإن أقرض شخص غيره مطلقاً من غير شرط، فقضاه خيراً منه في الصفة، أو زاد في القدر، أو باع منه داره، جاز، ولا يكره للمقرض أخذه، لما أخرجه مسلم والخمسة (أحمد وأصحاب السنن) عن أبي رافع رضي الله عنه قال: «استسلف رسول الله ﷺ من رجل بَكْراً، فجاءته إبل الصدقة، فأمرني أن

(1) الشرح الصغير 293/3 ومابعدها، 296.

أقضي الرجل بَكرًا، فقلت: لم أجد في الإبل إلا جملاً خِياراً رَباعياً[1]، فقال النّبي ﷺ: أعطه إياه، فإن خيركم أحسنكم قضاء».

والإقراض ممن تعود رد الزيادة مكروه عند الشافعية، جائز بلا كراهة عند الحنابلة.

4 ـ قرض القديم أو المعيب وأخذ الجديد والسالم وحال الضرورة:

يحرم على المقرض تحقيق نفع على حساب المقترض، كأن يقرضه شيئاً طال مكثه عنده ليأخذ بدله جديداً، أو يدفع قديماً ليأخذ جديداً، أو معيباً ليأخذ سالماً إلا لضرورة كما تقدم، كعموم الخوف على المال في الطريق، فيجوز أن يسلف الشيء لمن يعلم أنه يَسْلم معه.

ويجوز القرض إن قامت قرينة على نفع المقترض فقط، كما تقدم، كما لو كان القرض في زمن مجاعة، أو كان دفع القديم في الحال أحظّ له لغلائه، ورخص الجديد في إبّانه.

5 ـ السُّفْتَجَة[2]: تقدم بيانها، وهي الكتاب الذي يرسله المقترض لوكيله ببلد ليدفع للمقرض نظير ما أخذه منه ببلده، وهي مثال لقرض جرّ نفعاً، أو مثال لعين (ذات) ثقُل حملها في سفر، وهي حرام عند المالكية إلا في حال الضرورة لحفظ المال[3]، وأجاز الحنابلة السفتجة أو قضاء القرض في بلد آخر[4].

6 ـ قرض الخبز: جرى العرف بين الناس على قرض الخبز، مع أنه يعسر تحري المماثلة فيه، لذا اتجه العلماء في شأنه اتجاهين.

---

(1) البكر: الثني من الإبل كالفتى من الناس، والخيار: المختار، والرباعي: الذي أكمل ست سنين ودخل في السابعة.

(2) السفتجة: لفظة أعجمية.

(3) الشرح الكبير 225/3.

(4) المغني 321/4.

يرى المانعون كأبي حنيفة وأبي يوسف: أنه لا يجوز قرض الخبز؛ لوجود التفاوت بين خبز وخبز، بسبب اختلاف العجن والنضج والخفة والثقل في الوزن، والصغر والكبر في العدد، وبما أنه يتعذر تحقق المماثلة فيه منع؛ لأن الشك في التماثل كحقيقة التفاضل، وهذا ربا. لكن المفتى به هو رأي الإمام محمد: وهو أنه يجوز قرض الخبز وزناً وعدداً، لحاجة الناس المتعينة إليه.

ويرى الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة[1]: أنه يجوز قرض الخبز وزناً وعدداً لإجماع أهل الأمصار على فعله في الأعصار بلا إنكار. وذكر أبو بكر الشافعي في إسناده عن عائشة رضي الله عنها قالت: «قلت: يا رسول الله، إن الجيران يستقرضون الخبز والخمير، ويردون زيادة ونقصاناً، فقال: لا بأس، إن ذلك من مرافق الناس لا يراد به الفضل».

مكان وفاء القرض وكيفية أدائه: اتفقت المذاهب على أن وفاء القرض يكون في البلد الذي تم فيه الإقراض، ويصح إيفاؤه في أي مكان آخر إذا لم يحتج نقله إلى حمل ومؤنة، أو وجد خوف طريق، فإن احتاج إلى ذلك لم يلزم المقرض بتسلمه، إلا أن الحنابلة أجازوا الوفاء مع خوف الطريق كما تقدم[2].

وأما وفاء القرض أو قضاؤه، ففيه تفصيل عند المالكية[3] وهو ما يأتي:

(أ) إذا قبض المقترض القرض: فإن كان له أجل مضروب أو معتاد،

---

(1) مغني المحتاج 119/2، المغني 318/4 وما بعدها.

(2) الشرح الصغير 296/3، الدر المختار 180/4، مغني 325/4، والمغني 2\119.

(3) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 226/3 ـ 227، الشرح الصغير 295/3 ومابعدها.

لزم المقترض رده للمقرض إذا انقضى ذلك الأجل، ما دام موسراً، وإن لم ينتفع به عادة أمثاله. فإن لم يكن له أجل ولم يعتد فيه أجل، فلا يلزم المقترض رده للمقرض إلا إذا انتفع به عادة أمثاله.

(ب) وإذا كان القرض عيناً (ذهباً أو فضة) أو جواهر خفيفة، وأراد المقترض رده، لزم المقرض قبونه مطلقاً، سواء حل الأجل أم لا؛ لأن الأجل حق لمن عليه الدَّين، سواء أكان في محل القضاء أم في غير محله، لخفة حمل العين ونحوها، إلا إذا كان الطريق مخوفاً، أو كان في حملها مشقة عليه، فلا يلزمه قبولها قبل القضاء.

(جـ) وإذا كان القرض غير عين: بأن كان عرضاً تجارياً أو طعاماً، فيجبر المقرض على القبول إذا أتى به المقترض في محل القضاء، سواء حل الأجل أم لا. أما في غير محل القضاء فلا يجبر على قبوله، لما فيه من الكلفة عليه.

أحكام القضاء والاقتضاء:

القضاء والاقتضاء معناهما الدفع والقبض، وقد أمر الشرع بالإحسان والمسامحة فيهما، وهذه بعض أحكامهما[1].

أولاً- التعجيل بقضاء الدَّين قبل الموت:

يندب للمسلم المبادرة إلى قضاء حقوق العباد، ومنها الدَّين قبل مفاجأة الموت؛ لأن تلك الحقوق لا تسقط إلا إذا أسقطها أربابها في رأي أكثر العلماء، حتى إن الله يغفر للشهيد كلّ خطاياه إلا الدَّين، وقد وردت أحاديث كثيرة في ذلك[2]: منها حديث البخاري عن أبي هريرة

---

(1) القوانين الفقهية: ص 289 وما بعدها، الشرح الصغير 66/3 وما بعدها 296.

(2) نيل الأوطار: 237/5 وما بعدها.

عن النَّبي ﷺ قال: «من أخذ أموال الناس يريد أداءها أدى الله عنه، ومن أخذها يريد إتلافها أتلفه الله».

ومنها حديث أحمد، وأبي داود، والنسائي عن جابر قال: كان النَّبي ﷺ لا يصلي على رجل مات، عليه دين، فأتي بميت، فسأل، عليه دين؟ قالوا: نعم ديناران، قال: صلّوا على صاحبكم، فقال أبو قتادة: هما عليّ يا رسول الله، فصلى عليه، فلما فتح الله على رسوله ﷺ قال: أنا أولى بكل مؤمن من نفسه، فمن ترك ديناً فعليّ، ومن ترك مالاً فلورثته».

وورد في تحريم مماطلة المدين الموسر حديث رواه الجماعة عن أبي هريرة قال: «مطل الغني ظلم، وإذا أُتبع أحدكم على ملي فليَتْبَع».

ويتميز الإسلام بمبدأ استحباب إنظار المعسر، قال الله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَن تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: 280].

وأخرج أحمد ومسلم عن أبي اليسر: أن النَّبي ﷺ قال: «من أنظر معسراً، أو وضع عنه، أظله الله في ظله يوم لا ظل إلا ظله».

ثانياً ـ مقدار المقضي: إن قضى المدين المثل، جاز مطلقاً في الأجل وقبله وبعده. وإن قضى أقل صفة أو مقداراً، جاز في الأجل بعده، ولم يجز قبله؛ لأنه من مسألة (ضع وتعجل) الآتية. وإن قضى أكثر فإن كان الدَّين من بيع، جاز مطلقاً، سواء كان أفضل صفة أو مقداراً، في الأجل أو قبله أو بعده، إذا كان الفضل (الزيادة) من أحد الطرفين دون شرط سابق، ومنع إن كان الفضل متفقاً عليه بين الطرفين، لخروجه عن المعروف، وإن كان الدَّين من سلف (قرض) فإن كان بشرط أو وعد أو عادة منع مطلقاً، وإن كان بغير شرط ولا وعد ولا عادة، جاز اتفاقاً في الأفضل صفة، كما تقدم؛ لأن النَّبي ﷺ استسلف بَكْراً، وقضى جملاً بَكْراً خِياراً.

ثالثاً ـ بيع الدَّين بالدَّين وفسخ الدَّين في الدَّين: لا يجوز بيع الدَّين بالدَّين: مثل أن يبيع ديناً له على رجل من رجل آخر بالتأخير، كأن يقول رجل لآخر: بعتك العشرين مداً من القمح التي لي عند فلان بكذا تدفعها لي بعد شهر، ومثل بيع شيء من العروض من سلَم لغير من هو عليه.

وكذلك لا يجوز فسخ الدَّين في الدَّين، مثل أن يدفع الغريم (المدين) لصاحب الدَّين ثمرة يجنيها أو داراً يسكنها، لتأخر القبض في ذلك.

ولا يجوز أيضاً أن يبيع الدَّين من الغريم بالتأخير.

ولا يجوز فسخ دين في ذمة المدين في نظير دين آخر في ذمته من غير جنسه أو من جنسه ولكنه أكثر منه، ولا فسخه في نظير شيء معين يتأخر قبضه، ويجوز فسخه في الحال في نظير منافع شيء معين[1].

ومثال فسخ الدَّين في نظير دين من غير جنسه: أن يكون دين المدين عيناً (ذهباً أو فضة) فسخ في نظير طعام في ذمته أو ثوب. ومثال فسخه في نظير دين من جنسه أكثر منه: أن يكون الدَّين عشرة دنانير، فسخت في خمسة عشر، يتأخر قبضها من المدين، ومثال فسخه في نظير شيء معين يتأخر قبضه: فسخه في عقار أو عرض غائب عن مجلس الفسخ أخذ في الدَّين على الصفة أو الرؤية السابقة؛ لأنه لا يدخل في ضمان أخذه إلا بقبضه، وهو باق على الصفة التي كان عليها حين الفسخ. وفسخه في نظير منافع شيء معين، كفسخه في نظير سكنى دار معينة مدة معلومة.

(1) م 65 من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك: ص 121، القسم الأول، الشرح الصغير 214/3.

وفسخ الدَّين في دين من جنسه أكثر منه: هو ربا الجاهلية الذي جاء القرآن الكريم بتحريمه، والوعيد الشديد لأهله، وهو الذي عناه النَّبي ﷺ بقوله في حجّة الوداع: «ألا وإن ربا الجاهلية موضوع، وأول ربا أضعه: ربا العبّاس بن عبد المطلب».

وبه يتبين أن تأخير الدَّين أجلاً ثانياً من غير زيادة على الدَّين أو مع حطيطة بعضه جائز، وأنه ليس من فسخ الدَّين في الدَّين؛ لأن حقيقة الفسخ: هي الانتقال عن دين في الذمة إلى آخر، وهنا ليس كذلك.

رابعاً ـ قاعدة (ضع وتعجل): سبق بيان هذه القاعدة، وأعيد هنا بيانها بإيجاز.

قرر جمهور الفقهاء تحريم وضع (إسقاط) قدر من الدَّين نظير التعجيل بالقضاء قبل الأجل المتفق عليه، كأن يقرض غيره قرضاً إلى أجل، ثم يقول المقرض للمقترض: أضع عنك بعض الدَّين نظير أن ترد الباقي قبل الأجل، وهو حرام يطابق ما يسمى اليوم بحسم الكمبيالة، أو بيع المستحق عند الدولة أو الشركة في المستقبل بمبلغ أقل منه.

* * *

الفَصلُ الرّابعُ

الوَكالَة

تعريفها، ومشرعيتها، وأركانها، وأنواعها، وشروطها، وأحكامها (تصرفات الوكيل، والحقوق التي ترجع له في البيع والشراء، وصفة يده) وانتهاؤها، واختلاف الموكل والوكيل.

تعريف الوكالة:

الوكالة لغة: الحفظ والتفويض، فمن الأول قوله تعالى: ﴿وَقَالُوا حَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ﴾ [آل عمران: 173] أي: الحافظ، ومن الثاني قوله تعالى: ﴿وَعَلَى اللَّهِ فَلْيَتَوَكَّلِ الْمُتَوَكِّلُونَ﴾ [إبراهيم: 12] وقوله سبحانه على لسان هود عليه السلام: ﴿إِنِّي تَوَكَّلْتُ عَلَى اللَّهِ رَبِّي وَرَبِّكُمْ﴾ [هود: 56] أي: فوضت أمري إليه واعتمدت عليه، ويقال: وكلت أمري لفلان: فوضته إليه.

وشرعاً: نيابة شخص لغيره في قابل النيابة من الحقوق المالية أو غيرها، غيرُ مشروطة بموت النائب، ولا إمارة بما يدل عرفاً[1]. والحق القابل النيابة: عقد وفسخ، وأداء دين (أو قضاؤه) وقبض حق، وعقوبة، وحوالة، وإبراء من حق وإن كان مجهولاً، وحجّ.

والعقد: مثل النكاح أو البيع، أو الإجارة، فيجوز توكيل الغير فيه، وفسخ العقد الذي يجوز فسخه كمزارعة قبل البذر، وبيع فاسد، ونكاح

(1) الشرح الصغير 501/3 - 505، الشرح الكبير 377/3، مواهب الجليل 181/5.

فاسد، وطلاق وخلع، وإقالة، والعقوبة لمن يستحق ذلك إذا صدرت من أمير أو سيد أو زوج، وتشمل التعازير والحدود، فيجوز التوكيل فيها، والحجّ بأن يوكلّ من يحجّ عنه غير الفريضة، ويجوز التوكيل في الهبة والصدقة والوقف (الحبس) وقبض الحق من دين أو أمانة، والتوكيل في العبادة المتعلقة بالأموال كالزكاة.

ولا تصح الوكالة فيما لا يقبل النيابة من الأعمال البدنية كاليمين، فلا يصح توكيل من يحلف عنه، ولا يصح التوكيل في الصلاة، فلا يصح توكيل من يصلي عنه فرضاً أو نفلاً، ولا في الصيام والطهارة وحجّ الفريضة، ويصح التوكيل في الإمامة، والخطابة، والأذان، وقراءة القرآن، والعلم بمكان مخصوص، ولا يصح التوكيل في المعصية كظهار وسائر المعاصي، كأمر غيره بأن يشتري له خمراً أو يقتل نفساً بغير حق، أو يغصب أو يسرق ونحو ذلك، فلا يقال له نيابة، ويقال له: أمر.

وقوله «غير مشروطة بموته» خرج به الوصية، وقوله: «غير إمارةٍ» يخرج به نيابة السلطان أميراً أو قاضياً، أو نيابة القاضي قاضياً في بعض عمله، فلا تسمى وكالة عرفاً.

والمراد بالنيابة: الفعل عن الغير، فقابل النيابة: ما يقبل فعل الغير عنه، والمراد بالوكالة: التوكيل. والنيابة والوكالة مترادفان، وقيل: النيابة أعم، لانفرادها فيما إذا ولى الحاكم أميراً أو قاضياً، أو أناب غيره في إمامة الصلاة.

والدال عرفاً على الوكالة: لفظ أو غيره ككتابة أو إشارة، أو عادة كتصرف الزوج في مال زوجته وهي عالمة ساكتة، أو تصرف الأخ على إخوته وهم عالمون ساكتون، في كراء وقبض حقوق سنين متطاولة.

مشروعية الوكالة:

الوكالة جائزة مشروعة بالكتاب والسُّنَّة والإجماع.

أما الكتاب: فقوله تعالى حكاية عن أهل الكهف: ﴿ فَٱبْعَثُوٓا۟ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلْمَدِينَةِ فَلْيَنظُرْ أَيُّهَآ أَزْكَىٰ طَعَامًا فَلْيَأْتِكُم بِرِزْقٍ مِّنْهُ ﴾ [الكهف: 19] وهذه وكالة في الشراء، وقوله سبحانه على لسان يوسف عليه السلام: ﴿ ٱذْهَبُوا۟ بِقَمِيصِى هَٰذَا ﴾ [يوسف: 93] ﴿ ٱجْعَلْنِى عَلَىٰ خَزَآئِنِ ٱلْأَرْضِ ﴾ [يوسف: 55] وقوله سبحانه في التحكيم: ﴿ فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ ﴾ [النساء: 35] والجباة العاملون في تحصيل الزكاة يبعثهم الإمام لتلك المهمة.

وأما السُّنَّة: فأحاديث كثيرة، منها خبر الصحيحين: «أنه ﷺ بعث السُّعاة لأخذ الزكاة».

ومنها توكيله ﷺ عمرو بن أمية الضَّمري في نكاح أم حبيبة بنت أبي سفيان»[1].

و«توكيله عليه السَّلام أبا رافع في قبول نكاح ميمونة بنت الحارث»[2].

و«توكيله عليه السَّلام حكيم بن حزام بشراء أضحية، وتوكيله عروة البارقي بشراء شاة»[3].

وأما الإجماع: فالأمة أجمعت على جواز الوكالة لحاجة الناس إليها؛ لأن الشخص قد يعجز عن قيامه بمصالحه كلها، فكانت نوعاً من التعاون على البر والتقوى.

والحكم التكليفي للوكالة: الجواز والإباحة، وقد تصير واجبة

---

(1) رواه أبو داود في سننه.

(2) رواه مالك، والشافعي، وأحمد، والترمذي، والنسائي، وابن حبَّان عن سليمان بن يسار.

(3) توكيل حكيم: رواه أبو داود، والترمذي عنه، وتوكيل عروة: رواه عنه أحمد والبخاري، وأبو داود، والترمذي، وابن ماجه، والدارقطني.

كالوكالة على قضاء دين لا يتوصل إليه إلا بها، وكالوكالة على جمع الزكاة (الصدقات) وقد تصبح حراماً كالوكالة على البيع الحرام، وقد تكون مكروهة كالوكالة على البيع المكروه، وهكذا يتغير الحكم الأصلي فيها بحسب متعلّقها[1].

أركان الوكالة:

للوكالة عند الجمهور غير الحنفية أركان أربعة: وهي الموكل، والوكيل، والموكل فيه، والصيغة[2].

تأقيت الوكالة:

يصح تأقيت الوكالة بزمن معين كشهر أو سنة؛ لأن الوكالة بحسب الحاجة.

أجر الوكالة:

تصح الوكالة بأجر وبغير أجر؛ لأن النّبي ﷺ كان يبعث عماله لقبض الصدقات، ويجعل له عمولة[3]، ولأن الوكالة عقد جائز لا يجب على الوكيل القيام بها، فيجوز أخذ الأجرة فيها، بخلاف الشهادة، فإنها فرض على الشاهد، يجب عليه أداؤها.

فإن كانت الوكالة بأجرة فحكمها حكم الإجارات، يستحق الوكيل الأجرة بتسليم ما وكل فيه إلى الموكل، إن كان مما يمكن تسليمه كثوب يخيطه، وإن وكل في بيع أو شراء أو حجّ، استحق الأجر إذا عمله، وإن لم يقبض الثمن في البيع.

---

(1) حاشية الدسوقي 377/3.

(2) المرجع السابق.

(3) قال ابن حجر: هذا مشهور، ففي الصحيحين عن أبي هريرة: بعث النبي ﷺ السعاة على الصدقات.

وإن كانت الوكالة بغير أجرة فهو معروف من الوكيل[1].

صفة الوكالة:

الوكالة عند أكثر العلماء عقد لازم، يجوز لأحد الطرفين فسخها، وللوكيل أن يعزل نفسه منها إلا حيث يمنعه الموكل من العزل[2].

تعدد الوكلاء:

يجوز تعدد الوكلاء عن الشخص الواحد في التصرفات وغيرها من الأعمال، لكن قال المالكية: لا يجوز في الخصومات لما فيها من كثرة النزاع توكيل أكثر من واحد إلا برضا الخصم، فيجوز حينئذ الأكثر والواحد مطلقاً إلا لعداوة بين الوكيل والخصم، فلا يجوز لما فيه من الإضرار، فإن لم يرض لا يجوز تعدد الوكلاء؛ لأن التوكيل حينئذ يوجب تجديد المنازعة وكثرة الشر، إلا لعذر من مرض أو سفر، فله حينئذ التوكيل بلا رضا الخصم[3].

ويرى المالكية، والشافعية، والحنابلة: أنه إذا تعدد الوكلاء، فليس لأحدهم الانفراد بالتصرف بدون مشاورة الآخر؛ لأن الموكل لم يرض بتصرف أحدهما دون الآخر، إلا إذا أذن لهما الموكل بإفراد التصرف، فيجوز لكلٍّ واحد منهما أن يستقل بالتصرف[4].

وقصر الحنفية تشاور الوكلاء على التصرف الذي يحتاج فيه لأخذ الرأي كالزواج والطلاق على مال؛ لأن الموكل رضي برأيهم المشترك. أما التصرف الذي لا يحتاج فيه لأخذ الرأي كالطلاق بلا مال، ورد

---

(1) القوانين الفقهية: ص 329، تكملة فتح القدير 2/6، المغني 85/5.
(2) مواهب الجليل 251/5، البدائع 37/6، المهذب 356/1، المغني 113/5.
(3) الشرح الصغير 505/3.
(4) الخرشي 82/6، ط ثانية، المهذب 351/1، المغني 87/5.

الوديعة، وحضور جلسات المحاكمة، فيملك أحد الوكيلين أن ينفرد بالتصرف دون الآخر[1].

أنواع الوكالة:

الوكالة في رأي المالكية والحنفية نوعان: عامة وخاصة. ولا تصح الوكالة العامة عند الشافعية والحنابلة، لما فيها من الغرر الكثير[2].

والوكالة العامة أو التفويض العام: يدخل تحته جميع ما تصح فيه النيابة من الأمور المالية وغيرها إلا ما يستثنيه الموكل من الأشياء، وما يحتاج إلى توكيل خاص: وهو تزويج البنت، وطلاق الزوجة، وبيع الدار التي يسكنها، وبيع عبده القائم بأموره، فهذه الأمور الأربعة لا تدخل في الوكالة العامة، بل لا بد فيها من التوكيل الخاص.

والوكالة الخاصة أو التفويض الخاص: يختص بما جعل الموكل للوكيل من قبض أو بيع أو خصومة في مجال القضاء أو غير ذلك. فإذا وكله على البيع، وعيَّن له ثمناً، لم يجز له أن يبيع بأقل منه، وإن وكله على البيع مطلقاً، لم يجز له أن يبيع بعرض تجاري ولا نسيئة(مؤجل) ولا بما دون ثمن المثل.

وإن أذن له أن يبيع بما يرى وكيفما يرى، جاز له ذلك كله.

ولا يجوز للوكيل والوصي في المعتمد عند المالكية أن يشتريا لأنفسهما من مال الموكل واليتيم إذا لم يحابيا أنفسهما.

وإن وكله على الخصومة (المحامي) لم يكن له الإقرار عنه، إلا إن جعل له ذلك في التوكيل، في رأي المالكية.

---

(1) البدائع 32/6.

(2) بداية المجتهد 302/3، القوانين الفقهية: ص 328، تكملة رد المحتار 357/7، تحفة المحتاج 308/5، كشاف القناع 471/3.

ولا يجوز للوكيل أن يوكل غيره إلا إن جعل له الموكل ذلك، أو يكون توكيله عاماً.

شروط الوكالة:

يشترط في كلِّ ركن من أركان الوكالة شروط معينة:

ما يشترط في العاقد (الموكل والوكيل):

الموكل: يجوز لدى المالكية أن يكون غائباً أو امرأة أو مريضاً بالاتفاق، أو حاضراً صحيحاً. والوكيل عندهم: كل من جاز له التصرف لنفسه في شيء، جاز له أن ينوب فيه عن غيره، إلا أنه لا يجوز توكيل العدو على عدوه، ولا توكيل الكافر على بيع أو شراء أو عقد سَلَم لئلا يفعل الحرام، ولا توكيله على قبض شيء من المسلمين لئلا يستعلي عليهم[1].

ويشترط في الموكل: أن يكون مالكاً التصرف الذي يوكل فيه، وتلزمه أحكام ذلك التصرف، فلا يصح التوكيل من المجنون والمعتوه والصبي غير المميز، لعدم وجود العقل الذي هو من شرائط الأهلية، ولأن هؤلاء لا تلزمهم أحكام التصرفات.

كما لا يصح التوكيل من الصبي المميز بما لا يملكه بنفسه من التصرفات الضارة ضرراً محضاً به كالطلاق والهبة والصدقة.

ولا يصح توكيل الصبي مطلقاً عند المالكية.

ويشترط في الوكيل كما في الموكل أن يكون أهلاً للتصرف الموكل فيه، فلا يصح توكيل الصبي. ويمكن أن تكون الشروط المتعلقة بالموكل والوكيل ثلاثة عند المالكية[2]:

---

(1) القوانين الفقهية: ص 328، بداية المجتهد 296/2.

(2) الفقه على المذاهب الأربعة 236/3.

1 ـ الحرية: فلا تصح الوكالة بين رقيق وحر، ولا بين رقيقين إلا إذا كان الرقيق مأذوناً له بالتجارة من سيده، فإنه حينئذ يكون في حكم الحر.

2 ـ الرشد: فلا تصح بين سفيهين ولا بين سفيه ورشيد، ولا يصح للمحجور عليه أن يوكل أحداً عنه في الخصومة، في تخليص ماله وطلب حقوقه، ويجوز للغير أن يوكله عن نفسه إلا إذا كانت امرأة محجوراً عليها، فإن لها أن توكل عنها غيرها فيما يتعلق بأمر عصمتها، أي: زواجها.

3 ـ البلوغ: فلا يصح التوكيل بين صبيين، ولا بين صبي وبالغ إلا إذا كانت صغيرة، وأرادت أن تخاصم زوجها أو وليها، فإن توكيلها يكون مقبولاً بل لازماً كما تقدم.

ولا يشترط الإسلام في الموكل، فيجوز للذمي أن يوكل المسلم عنه، ولكن لا يصح للمسلم توكيل الذمي في بيع أو شراء أو تقاض للدين[1]؛ لأنه ربما تصرف تصرفاً لا تقره الشريعة، لذا قالوا في الشركة: لا يصح للمسلم أن يشارك الذمي إلا إذا كان بيع الذمي وشراؤه بحضرة المسلم، خوفاً من التعامل بالرِّبا أو شراء خمر أو خنزير، وذلك لا تقره الشريعة الإسلامية، فإذا تأكد من أنه يتعامل بما تحرّمه الشريعة، وجب أن يتصدق بالربح الذي أصابه من شركته، فإن شك يستحب له التصدق.

والمسلم الذي لا يحافظ على دينه كالذمي.

ولا يصح توكيل عدو على عدوه، ولو عدواً في الدِّين كيهودي على نصراني وعكسه، لما فيه من العنت وزيادة الشر.

---

(1) الشرح الكبير 386/3، الشرح الصغير 511/3 وما بعدها.

ما يشترط في الموكل فيه:

يشترط في الأمر الموكل فيه عند المالكية شرطان[1]

1 ـ أن يكون معلوماً، سواء أكانت الوكالة عامة كتفويض التصرف مطلقاً، أم خاصة كبيع سلعة وطلب حق.

2 ـ أن يكون من الأمور التي تقبل النيابة شرعاً، ولا تتعين فيها مباشرة الشخص له بنفسه، فتجوز الوكالة في كل ما تصح النيابة فيه من الأمور المالية وغيرها من العبادات والقربات، إلا العبادة البدنية المحضة، المتعلقة بالأبدان كالصلاة، والطهارة، والصيام، والحجّ، فلا تصح النيابة فيها، لكن تنفذ الوصية بالحج، وتصح النيابة للعاجز عن الرمي لمرضه في الحجّ، فله إنابة غيره ليرمي عنه. وقيل: تصح النيابة في الحجّ، وهو مذهب الجمهور غير المالكية.

وتصح النيابة في العبادة المتعلقة بالأموال كالزكاة.

وعليه، يجوز للشخص أن يوكل عنه غيره في عقد بيع وشراء، وإجارة، ونكاح، وصلح، ومضاربة، ومساقاة، وفسخ لعقد يجوز فسخه كعقد المزارعة قبل رمي البذر، فإنه يصح لأحد العاقدين فسخه، فكذلك يصح له أن يوكل غيره في الفسخ.

ويصح التوكيل في فسخ بيع فاسد، كالبيع الصادر من عبد أو من صبي مميز، أو من سفيه، فللسيد أن يوكل في فسخه، وكذلك لولي الصغير والسفيه التوكيل في فسخه، ويصح التوكيل في إقالة العقد الصحيح، كأن يوكل شخصاً في إقالة من اشترى منه شيئاً.

ويصح التوكيل في إبرام عقد النكاح وفي إنهائه بالطلاق بأن يوكل

---

(1) مواهب الجليل 181/5 وما بعدها، الشرح الكبير 377/3 - 380، الشرح الصغير 501/3 - 504، القوانين الفقهية: ص 328.

غيره في طلاق زوجته، وبالخلع بأن يوكل الرجل غيره في مخالعة زوجته.

ويجوز التوكيل في قبض حق له على الغير، وفي قضاء دين عليه، وكذا يجوز أن يوكل غيره في استيفاء أو تطبيق عقوبة شرعية من حد أو قصاص أو تأديب (تعزير) فللحاكم أن يوكل غيره في إقامة الحد والتعزير وقتل الحرابة والردة، وللزوج أن يوكل عنه أباه مثلاً في تأديب زوجته إذا تركت الصلاة، ولولي الدم أن يوكل عنه غيره في استيفاء القصاص، كما يجوز لصاحب الحق في الحدود والعقوبات أن يوكل عنه غيره في استيفائها وحضور مجلس تنفيذها.

وللمدين أن يوكل غيره في حوالة غريمه (دائنه) على مدين له، وفي الإبراء من حق له، حتى ولو كان الحق مجهولاً. وللشخص التوكيل في هبة وصدقة ووقف ونحوها، وفي أذان وإمامة وقراءة قرآن وعلم في مكان خاص إلا إذا اشترط الواقف عدم النيابة فيها، والأجرة للموكل الأصيل، ويأخذ الوكيل ما تراضى عليه من الموكل.

ويلتحق بالعبادات: الشهادة واليمين والإيلاء واللعان، فليس للشخص أن يوكل عنه من يؤدي الشهادة عنه، أو يحلف اليمين عنه، أو يولي من امرأته بأن يحلف ألا يقربها مدة معلومة، أو يلاعن عنه مع امرأته التي يتهمها بالزنا، لأن اللعان شهادات مؤكدة بالأيمان.

ولا تجوز الوكالة في المعاصي كالقتل بغير حق والسرقة والغصب وشراء الخمر لمسلم، والظهار، كأن يقول له: وكلتك في أن تظاهر من امرأتي فلانة؛ لأن الظهار منكر من القول وزور، فإذا قال: زوجة موكلي عليه كظهر أمه، لا يصح الظهار، والظاهر عند المالكية أن التوكيل في طلاق الزوجة في الحيض صحيح، فلو أوقعه الوكيل فيه يقع، مع الحرمة، لأنه طلاق بدعي، والحرمة ذاتية.

ما يشترط في الصيغة:

يشترط في الصيغة أن تدل على معنى الوكالة عرفاً من قول أو إشارة أخرس، أو عادة، والعرف مقدم على اللغة، فإذا خالفت اللغة العرف، يعمل بالعرف، ولا ينظر للغة[1].

فتصح الوكالة بلفظ: وكلتك أو أنت وكيل عني، أو بإشارة الأخرس أو الممنوع من الكلام لسبب من الأسباب. وتصح الوكالة بالعادة: كإجارة دار مملوكة لآخرين مما جرت العادة أن يؤجرها أحدهما، ويقبض أجرتها، فإنه يعتبر وكيلاً عن أخيه، ويصدق عن دعواه أنه أعطاه نصيبه من الأجرة، ما لم يثبت أنه متعدٍّ.

أما قبول الوكيل: فيصح بكل ما يدل في العرف والعادة عليه، فإن اقتضت الصيغة الصادرة من الموكل الجواب فوراً، وجب القبول فوراً وإلا فلا.

وأما الشيء الموكل فيه في الصيغة فيجب أن يكون معلوماً كما تقدم، وطريق العلم به: أن يكون بلفظ يدل عليه عرفاً أو لغة، والعرف مقدم على اللغة إذا خالفها، ويقوم مقام اللفظ إشارة الأخرس أو العاجز عن النطق لسبب من الأسباب.

أحكام الوكالة:

يترتب على كون الوكالة صحيحة شرعاً ثبوت أثرها، وهو تمكين الوكيل من القيام بمقتضى التفويض الممنوح له من الموكل، مطلقاً كان التفويض، أو مقيداً بقيد معين، وهذا يستدعي بحث ما يملكه الوكيل من التصرفات، وما يثبت له من الحقوق في البيع والشراء، ومعرفة حال المقبوض في يده، أهو أمانة أم مضمون؟

---

(1) مواهب الجليل 190/5، الشرح الكبير 380/3، الشرح الصغير 505/3.

أولاً- تصرفات الوكيل:

يثبت للوكيل بمقتضى الوكالة ولاية التصرف بالشيء الموكل فيه.

فالوكيل بالخصومة (المحامي) يتابع إجراءات الدعوى إلى نهايتها، ولكنه لا يملك عند المالكية، والشافعية، والحنابلة الإقرار على موكله بقبض الحق أو الاعتراف به؛ لأن الوكالة بالخصومة معناها: التوكيل بالمنازعة، والإقرار مسالمة، لأنه يؤدي إلى قطع الخصومة، فهو يتنافى مع معنى الوكالة بالخصومة، فلا يملكه الوكيل كالإبراء.

واستثنى المالكية[1] حالة كون الوكيل عاماً مع تفويض الموكل له الإقرار في عقد الوكالة، وحالة اشتراط خصم الموكل أن يجعل الإقرار لوكيله، بأن يقول له: لا أتعاطى المخاصمة مع وكيلك حتى تجعل له الإقرار، فيكون للوكيل الإقرار، ويلزم الموكل بما أقر به الوكيل عنه في الحالتين إن أقر بما يشبه، ولم يقر لمن يتهم عليه كأحد أصوله أو فروعه، وكان الإقرار من نوع الخصومة، كأن يوكله في دين، فيقر بتأخيره أو بقبض بعضه، أو بإبرائه من بعضه، أما لو وكله ببيع داره لفلان، فلا يصح له أن يقر له بدين عن الموكل، أو بإتلافه وديعة له.

الوكيل بالبيع: ليس للوكيل المطلق ببيع شيء أن يبيعه بالغبن الفاحش أو بما دون ثمن المثل، ولا بالنسيئة (لأجل) وإنما يبيع بثمن المثل وبنقد البلد لقيام القرينة الدالة على الرضا به بحسب العرف، ولأن الأصل في البيع النقد لا التأجيل[2].

وليس للوكيل أن يوكل غيره بغير إذن موكله إلا أن يكون الوكيل لا يليق به تولي ما وكل فيه بنفسه، كأن يكون وجيهاً، والموكل به أمر

---

(1) الشرح الكبير 379/3، بداية المجتهد 297/2.

(2) الشرح الكبير 382/2.

حقير، فله التوكيل حينئذ، وإلا أن يكون توكيله عاماً[1].

ولا يجوز للوكيل أن يبيع ما وكل ببيعه لنفسه أو من في حجره من صغير أو مجنون أو سفيه (مبذر) ويجوز أن يبيع لزوجته ووالده الرشيد إذا لم يحابهما وقت البيع، وروي عن الإمام مالك: أنه يجوز للوكيل أن يشتري الشيء نفسه، وهذا ما أخذ به ابن جُزَي في القوانين الفقهية[2].

الوكيل بالشراء: ذهب المالكية والشافعية والحنابلة[3]: إلى أنه إذا كانت الوكالة بالشراء مطلقة، فيلزم المشتري أن يشتري بثمن المثل، ولا يشتري بأكثر من ثمن المثل بما لا يتغابن الناس به عادة من غير إذن الموكل؛ لأن الوكيل ممنوع من الإضرار بالموكل، مأمور بالنصح له، وفي الزيادة على ثمن المثل في الشراء إضرار وترك للنصح.

ولا يملك الوكيل بالشراء الشراء من نفسه، كما لا يملكه الوكيل بالبيع ويتوقف الشراء على إجازة موكله، وروي عن الإمام مالك: أنه يجوز للوكيل أنه يشتري من نفسه بثمن المثل فأكثر .

ثانياً ـ حقوق العقد وحكمه:

حكم العقد: هو الغرض والغاية الجوهرية منه، كنقل ملكية المبيع للمشتري، واستحقاق الثمن في ذمة المشتري للبائع.

وحقوق العقد: هي الأعمال التي لا بد منها للحصول على الغاية والغرض من العقد، مثل تسليم المبيع وقبض الثمن، والرد بالعيب أو

---

(1) المرجع السابق 388/3، القوانين الفقهية: ص 329.

(2) الشرح الكبير، المرجع السابق 387/3 وما بعدها، الخرشي 77/6 وما بعدها، الشرح الصغير 512/3، القوانين الفقهية: ص 328.

(3) بداية المجتهد 298/2، الشرح الكبير 382/3، المهذب 354/1، المغني 124/5.

بخيار الرؤية أو الشرط، وضمان رد المبيع إذا استحق[1] المبيع مثلاً.

وقد اتفق الفقهاء على أن حكم العقد الذي يتم بواسطة وكيل، يقع للموكل نفسه، لا للوكيل؛ لأن الوكيل متكلم باسم الموكل، وعاقد له، فهو قد استمد ولايته منه.

وينصرف حكم عقد البيع للموكل عند الجمهور مطلقاً، سواء أضاف الوكيل العقد لنفسه أم أسنده إلى الموكل. وينصرف الحكم عند المالكية للموكل إذا أعلن الوكيل في العقد أنه يعمل لحساب موكله.

وتنتقل ملكية المبيع للموكل مباشرة بمجرد تمام العقد، فلو وكل مسلم ذمياً بشراء خمر أو خنزير، لم يصح الشراء؛ لأنه ليس للمسلم أن يتملك شيئاً من هذين.

والعقود التي لا تتم إلا بالقبض كالهبة والإعارة، يقع حكم العقد للموكل، لأن الوكيل في هذه العقود مجرد سفير ومعبر.

ويقع حكم عقد الزواج بالوكالة للموكل، فإذا قال: تزوجك فلان، كان فلان هو الزوج. وإذا أضاف الزواج لنفسه، فقال: تزوجتك، كان الزواج له، لا لموكله.

وفي الطلاق إن كان الشخص وكيلاً عن الزوج، طلقت زوجته لا زوجة الوكيل، وإن كان وكيلاً عن الزوجة، فلا بد من إضافة الطلاق إليها، فيقول: طلّقْ فلانة على كذا.

وأما حقوق العقد: فترجع عند الجمهور غير الحنابلة إلى الوكيل، فهو الذي يلتزم بتسليم المبيع، ويقوم بتسليمه فعلاً وبقبضه، وهو الذي

---

(1) الاستحقاق: هو أن يدعي أحد ملكية شيء موجود في يد غيره، ويثبت ذلك بالبينة، ويقضى له بها.

يقبض الثمن ويطالب به، ويخاصم في الرد بالغيب، ونحو ذلك[1].

ثالثاً- حال المقبوض في يد الوكيل:

اتفق الفقهاء: على أن المقبوض في يد الوكيل يعتبر أمانة بمنزلة الوديعة ونحوها؛ لأن يده عن الموكل بمنزلة الوديع، فيضمن بما يضمن في الودائع، ويبرأ بما يبرأ فيها، ويكون القول قوله في دفع الضمان عن نفسه[2].

وعليه قال المالكية: يصدق الوكيل بيمينه في ادعاء تلف ما وكل عليه من قبض حق، فقال: قبضته وتلف مني، ويبرأ لموكله من ذلك؛ لأنه أمين. وأما الغريم الذي عليه الدَّين فإنه لا يبرأ من الدين إلا إذا أقام بيّنة تشهد له أنه دفع الدَّين إلى الوكيل المذكور.

ويصدق الوكيل أيضاً في ادعاء دفع الثمن أو المثمن (المبيع) أو دفع ما وكل عليه لموكله.

ويغرم الموكل ثمن السلعة ولو مراراً إن ادعى الوكيل تلفه بلا تفريط، إلى أن يصل الثمن لصاحب السلعة، لأن الوكيل إنما اشترى على ذمة الموكل، فالثمن في ذمته، حتى يصل للبائع، إلا أن يدفع الموكل الثمن سلفاً للوكيل قبل الشراء ويتلف بعده، فإنه إذا ضاع لم يلزم الموكل دفعه مرة ثانية، وتلزم السلعة الوكيل بالثمن الذي اشتراها به إذا أبى الموكل من دفعه ثانياً[3].

---

(1) الشرح الصغير 506/3 وما بعدها، بداية المجتهد 298/2، تبيين الحقائق 256/4، مغني المحتاج 229/2-230، المغني 97/5, 130.

(2) الشرح الصغير519/3 ، بداية المجتهد 299/2، القوانين الفقهية: ص329 البدائع 34/6، مغني المحتاج 230/2، المغني 94/5.

(3) حاشية الصاوي على الشرح الصغير521/3 .

انتهاء الوكالة:

عرفنا أن الوكالة من العقود الجائزة، أي: غير اللازمة عند أكثر العلماء خلافاً لبعض المالكية، فيجوز لكل من الموكل والوكيل فسخها، فتنتهي حينئذ إذا كانت بلا أجر، أما إذا كانت بأجر بأن عين الزمن والعمل كالبيّاع والسمسار، فهي لازمة عند الحنفية، وفي المشهور عند المالكية.

وتنتهي الوكالة أيضاً بغير الفسخ في الحالات التالية[1]:

1 ـ عزل الموكل وكيله: إذا عزل الموكل وكيله تنتهي الوكالة؛ لأن الوكالة عقد غير لازم، فكان بطبيعته قابلاً للفسخ بالعزل، لكن يشترط عند الحنفية، والمالكية على الأرجح أن يعلم الوكيل بالعزل؛ لأن العزل فسخ للعقد، فلا يلزم حكمه إلا بعد العلم به كالفسخ.

ولم يشترط الشافعية والحنابلة على الأرجح هذا الشرط، فينعزل الوكيل في الحال بمجرد عزله؛ لأن العزل رفع عقد لا يفتقر إلى رضا صاحبه، فلا يحتاج إلى علمه كالطلاق، واشترط المالكية والحنفية أيضاً لانتهاء الوكالة بالعزل: ألا يتعلق بالوكالة حق للغير، فإن تعلّق فليس للموكل عزل الوكيل.

ويترتب على الخلاف: أن تصرّف الوكيل بعد العزل وقبل العلم بالعزل نافذ على الرأي الأول، وغير نافذ على الرأي الثاني.

2 ـ عزل الوكيل نفسه: إذا كانت الوكالة بغير أجر، فللوكيل عند

---

(1) الشرح الكبير 379/3، 396، بداية المجتهد 298/2، مواهب الجليل 214/5 وما بعدها، الشرح الصغير 523/3، القوانين الفقهية: ص 329، البدائع 37/6 وما بعدها، مغني المحتاج 232/2، غاية المنتهى 155/2، المغني 113/5 وما بعدها.

المالكية أن يعزل نفسه متى شاء إلا حيث يمنع موكله من عزل نفسه، ويشترط أن يعلم الموكل بالعزل.

3 ـ **موت الموكل**: تنتهي الوكالة بموت الموكل، بشرط أن يبلغ الموت إلى الوكيل في الأرجح عند المالكية. وجنون الموكل المطبق الذي يطول جداً كالموت عند الجمهور غير الشافعية.

4 ـ **إفلاس الموكل**: تنتهي الوكالة بإفلاس الموكل، لانتقال المال إلى الغرماء، وكذلك تنتهي بالحجر على الموكل لسفه باتفاق المذاهب.

5 ـ **انقضاء المدة**: تنقضي الوكالة عند الجمهور غير الحنفية بمضي المدة المحددة لها كعشرة أيام أو شهر. كما تنقضي بإنجاز الأمر الموكل فيه إذا كانت على أمر معين، وذكر المالكية: أن الوكالة تبطل إذا طالت مدتها نحو ستة أشهر إذا كانت مطلقة، إلا أن يجعلها الموكل على الدوام، أو تكون على أمر معين، فلا تبطل حتى ينقضي الأمر.

6 ـ **انتهاء الغرض من الوكالة**: وهو أن يتم تنفيذ التصرف الذي وكل فيه الوكيل؛ لأن العقد يصبح حينئذ غير ذي موضوع.

7 ـ **تصرف الموكل فيما وكل به**: إذا وكل شخص غيره ببيع شيء، ثم باعه بنفسه، انتهت الوكالة بالاتفاق، لصيرورة العقد غير ذي موضوع.

8 ـ **الردة**: ينعزل الوكيل عند المالكية بردته أيام الاستتابة، وأما بعدها فإن قتل انعزل، وإن أخر قتله لمانع كوجود حمل عند المرأة، تردد العلماء في عزله. وينعزل أيضاً بردة الموكل بعد مضي أيام الاستتابة، ولم يرجع ولم يقتل.

9 ـ **هلاك العين الموكل بالتصرف فيها**: تنتهي الوكالة بالاتفاق بهلاك العين التي وكل فيها إنسان بالتصرف فيها ببيع أو شراء أو إيجار

مثلاً، لصيرورة العقد حينئذ غير ذي موضوع.

10 ـ خروج الموكل فيه عن ملك الموكل: كأن وكله ببيع منزل، فصادرته الدولة، فتزول الوكالة.

11 ـ الطلاق: يرى المالكية أن الوكالة للزوجة بطلاق الزوج تنتهي إذا طلقها الزوج، ولا تنتهي وكالة الزوجة لزوجها بطلاقه لها إلا أن يعلم من الوكيل كراهة ذلك منها، ووجه الفرق: أن الطلاق بيده، وإذا ظهر منه الإعراض كرهت بقاءه.

اختلاف الموكل والوكيل:

ـ إذا اختلف الموكل والوكيل، فقال الوكيل: قد دفعت إليك الشيء الموكل فيه، وأنكر الموكل ذلك، فالقول بالاتفاق قول الوكيل مع يمينه، لأنه أمين وإن طال الزمان فلا يمين عليه عند المالكية.

ـ وإذا اختلف الاثنان؛ هل وكله أو لا؟ فقال أحدهما: وكلتني، وقال الآخر: ما وكلتك ، فالقول قول الموكل بالاتفاق؛ لأن الأصل عدم الوكالة.

ـ وإذا قبض الوكيل شيئاً، فادعى تلفه بعد قبضه، لم يبرأ الدافع إليه إلا ببيّنة على الدفع، كما تقدم.

ـ وإذا اختلف عاقدا الوكالة في تعدي الوكيل وتفريطه في الحفظ، ومخالفته أمر الموكل، كأن يدعي الموكل أن الوكيل حمَّل الدابة فوق طاقتها، أو فرط في حفظها، فالمشهور عند المالكية خلافاً لغيرهم أن يحكم بقول الموكل.

وإذا اختلفا في صفة الوكالة، كأن يقول الوكيل: وكلتني في البيع نسيئة، أو بالشراء بعشرين مثلاً، أو ببيع هذا الكتاب، فقال الموكل؛ بل نقداً، أو بالشراء بعشرة، أو هذا القلم، فالقول اتفاقاً قول الموكل

بيمينه؛ لأن الأصل عدم الإذن فيما ذكره الوكيل، ولأن الموكل أعرف بحال الإذن الصادر منه.

واستثنى المالكية حالتين هما:

الأولى ـ حالة دفع الثمن لشراء سلعة فاشترى الوكيل سلعة أخرى: أي: إذا اشترى الوكيل شيئاً بالثمن المدفوع له لشراء سلعة، فزعم الموكل أنه أمره بشراء سلعة غيرها، فالقول قول الوكيل بيمينه؛ لأن الأصل في الوكيل أنه مصدَّق.

الثانية ـ حالة البيع بأقل مما ادعى الموكل: أي: إذا وكل شخص غيره ببيع سلعة، فباعها بعشرة، وادعى أن الموكل أمره بذلك، وقال الموكل: بل أمرته بأكثر من ذلك، فالقول قول الوكيل بيمينه[1].

* * *

(1) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 393/3، الشرح الصغير 521/3 وما بعدها، بداية المجتهد 299/2 وما بعدها، القوانين الفقهية: ص 329.

الفَصلُ الخَامِسُ
الرَّهن

تعريفه ومشروعيته، وأركانه وشروطه، وقت لزومه، مؤنة الرهن، الانتفاع بالرهن، التصرف بالرهن، بيع الرهن، ما يتبع الرهن، ضمان الرهن، غلَق الرهن، الاختلاف في مقدار الحق المرهون فيه، ومكان الرهن، وتلف المرهون، مبطلات الرهن، انتهاء الرهن.

تعريف الرَّهن ومشروعيته:

الرَّهن لغة: حبس الشيء ولزومه، قال الله تعالى: ﴿ كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴾ [المدثر: 38] أي: محبوسة بجزاء عملها، وقال النَّبي ﷺ: «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه»[1] وفي لفظ: «مرهونة بدينه» أي: محبوسة عن مقامها الكريم.

واصطلاحاً عند المالكية: هو شيء متموّل يؤخذ من مالكه، توثقاً به، في دين لازم أو صائر إلى اللزوم. أي: إنه تعاقد على أخذ شيء من أموال المدين عيناً كالعقار والحيوان، أو عرضاً تجارياً (سلعة) أو منفعة على أن تكون المنفعة معينة مقدرة بزمن أو عمل، وعلى أن تحسب من الدَّين. ولا بد من أن يكون الدَّين لازماً، كثمن مبيع أو بدل قرض أو قيمة متلف، أو ديناً صائراً إلى اللزوم، كأخذ رهن من صانع أو مستعير، خوفاً من ادعاء ضياع، فيكون الرهن في القيمة على ما يلزم في

---

(1) أخرجه أحمد، والترمذي، وابن ماجه، والحاكم عن أبي هريرة.

المستقبل. وتقدير المنفعة بزمن أو عمل للخروج من الجهالة في الإجارة، وذلك في دين بيع فقط، لا في قرض فلا يجوز، لأن اشتراط المرتهن منفعة الرهن كسكنى أو ركوب أو خدمة يجعل الصفقة مشتملة على بيع وإجارة، وهو جائز، وفي القرض يكون اشتراط المنفعة سلفاً جر نفعاً، وهو لا يجوز[1].

وبعبارة أخرى: الرَّهن: جعل عين مالية محبوسة توثقاً بدين، يستوفى منها عند تعذر وفائه من ذمة المدين، والرَّهن كما يطلق على العقد، يطلق على الشيء المرهون المبذول.

ويجوز حبس المرهون عند صاحب الحق أو عند أمين آخر غيره يتفق عليه العاقدان، يسمى: «العدل» ويجوز كون الرهن أكثر من الدَّين أو أقل منه، ويصح كونه من جنس الدَّين أو من غير جنسه.

والرَّهن من عقود التبرع العينية: وهي التي لا تعد تامة الالتزام إلا إذا حصل تسليم العين المعقود عليها، وهي خمسة عقود: الهبة، والإعارة، والإيداع، والقرض، والرهن. ولا بد فيها من القبض، عملاً بالقاعدة: «لا يتم التبرع إلا بالقبض».

والرَّهن مشروع في السفر والحضر بالقرآن والسنَّة والإجماع.

أما القرآن: فقوله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: 283] والتقييد بالسفر خرج مخرج الغالب حيث لا يوجد فيه كاتب غالباً، ولا يشترط أيضاً عدم وجود الكاتب، لثبوت جواز الرهن في السنَّة مطلقاً في السفر أو الحضر، مع وجود الكاتب أو عدم وجوده.

وأما السنَّة: فأحاديث كثيرة ثابتة، منها ما أخرجه البخاري ومسلم

---

(1) الشرح الصغير 303/3 وما بعدها، 325.

عن عائشة رضي الله عنها: «أن رسول الله ﷺ اشترى من يهودي طعاماً، ورهنه درعاً من حديد».

وأخرج أحمد، والبخاري، والنسائي، وابن ماجه عن أنس رضي الله عنه قال: «رهن رسول الله ﷺ درعاً عند يهودي بالمدينة، وأخذ منه شعيراً لأهله».

وأخرج الجماعة إلا مسلماً والنسائي عن أبي هريرة رضي الله عنه: أن النَّبي ﷺ كان يقول: «الظهر يُرْكَب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدَّرّ يُشْرَب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة».

وأخرج الشافعي والدارقطني عن أبي هريرة أن النَّبي ﷺ قال: «لا يَغْلَق الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غُنْمه، وعليه غُرْمه» وغلق الرهن: استحقاق المرتهن إياه، لعجز الراهن عن فكاكه بوفاء الدَّين.

والحكم التكليفي للرَّهن: أنه جائز غير واجب بالاتفاق، مثل الكفالة، أما قوله تعالى: ﴿ فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ [البقرة: 283] فهو أمر إرشاد للمؤمنين، بدليل ما بعده: ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ ﴾ [البقرة: 283] أي: في حال الائتمان لا يلزم الرهن، كما لا تلزم كتابة الدين؛ لأن الرَّهن بدل عن الكتابة، وهي غير واجبة بهذه القرينة النصية: «فإن أمن».

أركان الرَّهن:

أركان الرَّهن أربعة: وهي العاقد (الرَّاهن والمرتهن) والمرهون، والمرهون به، والصيغة.

والرَّاهن: معطي الرَّهن أو دافعه، والمرتهِن: آخذه، والمرهون، أو الرَّهن مجازاً: هو المال المبذول أو المعطى وثيقة للدَّين، والمرهون به: هو الدَّين. والصيغة: وهي كل ما يدل على الرضا كالبيع، مثل رهنتك هذا الشيء بما لك علي من الدَّين، أو خذ هذا الشيء رهناً

بدينك، ونحو ذلك، ويقول الدائن المرتهن: ارتهنت أو قبلت أو رضيت ونحوه. ولا يشترط لفظ صريح، فلو دفع رجل إلى آخر سلعة، ولم يزد على قوله: أمسكها حتى أدفع لك حقك، كان رهناً[1].

شروط الرَّهن:

يشترط في كل ركن من أركان الرَّهن المتقدمة شروط.

ما يشترط في العاقدين:

يشترط في عاقد الرَّهن من راهن ومرتهن عند الجمهور غير الشافعية ما يشترط في عاقد البيع صحة ولزوماً. فيشترط لصحته أن يكون مميزاً: فلا يصح الرَّهن من الصبي غير المميز، والمجنون والمعتوه، لفقد الأهلية. ويشترط للزومه: أن يكون مكلفاً رشيداً، فيكون رهن المميز والسفيه صحيحاً غير لازم، فيتوقف على إجازة وليه[2].

ويرى الشافعية أن التكليف والرشد شرطان لصحة الرَّهن كالبيع، فلا يصح رهن غير المكلف ولا رهن السفيه.

ما يشترط في الصيغة:

يشترط في صيغة الرَّهن ما يشترط في صيغة البيع من إيجاب وقبول باللفظ، أو بما يدل على الرضا وإن كان غير لفظ عند الجمهور غير الشافعية، إلا أن ابن القاسم من المالكية قال: لا بد في الصيغة من اللفظ الصريح، كالرَّهن والارتهان، فلا يصير الشيء مرهوناً عنده بمجرد دفعه إلى المرتهن، وطلب إمساكه لديه حتى يدفع الحق له،

---

(1) الشرح الصغير 304/3 وما بعدها.
(2) حاشية الدسوقي 231/3.

وحيازته له، بل يكون أسوة الغرماء حتى ولو حازه، ولا يختص المرتهن بالرّهن[1].

شروط المرهون:

المرهون: كل ما يباع من كل طاهر، منتفع به، مقدور على تسليمه معلوم، غير منهي عنه، ويشمل رهن الدَّين، فيجوز من المدين وغيره، ويصح رهن ما فيه غرر خفيف كالآبق والثمرة التي لم يبدُ صلاحها والزرع الذي لم يبدُ صلاحه، فإنه يصح رهنه لجواز ترك الرهن من أصله، فشيء يتوثق به خير من عدمه، فإن كان الغرر شديداً أو كثيراً كالجنين، لم يصح رهنه[2]. وتكون شروط المال المرهون ما يلي:

1 ـ أن يكون مالاً متقوماً: فلا يصح رهن الآدمي الحرّ أو الميتة أو صيد الحرم والإحرام؛ لأنه ليس بمال، ولا رهن خمر المسلم لعدم تقومها (إباحة الانتفاع بها شرعاً) فلا يمكن استيفاء الدَّين منه.

2 ـ أن يكون مقدوراً على تسليمه للمرتهن: فلا يصح رهن الطير في الهواء والسمك في الماء، والجنين في البطن، ونحو ذلك مما فيه غرر كثير، فإن كان الغرر يسيراً[3] كالزرع والثمرة اللذين لم يبد صلاحهما، والآبق، والبعير الشارد، والضال من الحيوان، جاز رهنه عند المالكية خلافاً لغيرهم؛ لأن الدَّين في ذمة المدين الراهن، والغرر أو الخطر قليل في هذا الرّهن، فإذا تعذر تسليم المرهون أو تلف، لا يضيع حق المرتهن من الدَّين، إنما يعودالحق إلى ذمة الراهن. وإذا أمكن تسليم المرهون بأن أدرك الزرع، وأثمر الثمر، وعاد الضال، تحققت منفعة المرتهن، فيباع متى حل الحق، ويؤخر البيع متى اختار المرتهن.

---

(1) الشرح الصغير 305/3.

(2) الشرح الكبير 231/3، الشرح الصغير 305/3 وما بعدها.

(3) لأنه يحتمل وجوده وقت الرهن وعدمه.

ولا يصح رهن المنفعة باتفاق المذاهب الأربعة، كأن يرهن سكنى داره مدة شهر أو أكثر؛ لأن المنفعة عند الحنفية ليست بمال عندهم، وليست مقدورة التسليم عند غير الحنفية؛ لأنها وقت العقد غير موجودة، ثم إذا وجدت فنيت، ووجد غيرها، فلا يكون لها استقرار ولا ثبوت، فلا يمكن تسليمها ولا وضع اليد عليها، ولا بقاؤها إلى حلول أجل الدَّين أو وقت الاستيفاء.

ويجوز عند المالكية رهن الدَّين من المدين وغيره، مثال رهن الدَّين للمدين: أن يكون لعمرو دراهم ديناً على زيد، ويكون لزيد على عمرو طعام أو عرض تجاري ديناً، فيجعل دين عمرو رهناً في الدَّين الذي عليه، أي: على عمرو.

ومثال رهن الدَّين لغير المدين: أن يكون لخالد دين على بكر، ولبكر دين على أحمد، فيرهن بكر لخالد الدَّين الذي له على أحمد في الدَّين الذي عليه لخالد، بأن يدفع له وثيقة الدَّين الذي له على أحمد، حتى يقضيه دينه، ولكن يشترط لصحة الرَّهن للمدين، سواء كان الدينان من بيع أو من قرض: أن يكون أجل الدَّين المرهون مثل أجل الدَّين المرهون به، أو يكون أبعد منه، فإن كان أجل الدَّين المرهون أقرب أو حالاً، منع الرهن؛ لأنه إذا كان الدينان من قرض، أدى الأمر لمحظور وهو (أسلفني وأسلفك) وإن كان الدينان من بيع، اجتمع بيع وسلف؛ لأن بقاء الدَّين الحال أو الأقرب إذا حل، حتى يحل الدَّين المرهون فيه، يعد سلفاً.

ويشترط لصحة رهن الدَّين لغير المدين: قبضه، بالإشهاد على حوزه ودفع الوثيقة للمرتهن.

3 ـ أن يكون المرهون معلوماً: كما يشترط كون المبيع معلوماً، فلا يصح رهن المجهول. لكن يصح عند الجمهور رهن المشاع، كنصف دار أو ربع سيارة، ويحوز المرتهن جميع المشاع، ما رهن وما لم

يرهن، ليتم الرهن إن كان الجزء الباقي للراهن، لئلا تجول يد الراهن فيه مع المرتهن، فيبطل الرّهن، أما إن كان الجزء الباقي لغير الراهن، فيكفي حوز الجزء المرهون من ذلك المشاع؛ لأن جولان يد غير الراهن لا يضر في الحوز[1].

ولا يصح رهن المشاع عند الحنفية؛ لأن القبض شرط لازم، والقبض للمرهون متعذر مع وجود الشيوع.

4 ـ أن يكون المرهون مما يتمكن المرتهن استيفاء الدَّين منه: فلا يصح رهن ما لا يمكن الاستيفاء منه، كالمال الموقوف، لأنه لا يصح بيعه، فلا يمكن الاستيفاء منه.

ولا يشترط لصحة الرّهن: كون المرهون مملوكاً للراهن، فيجوز باتفاق المذاهب[2] أن يرهن الشخص شيئاً يستعيره من غيره، فإن وفى المدين المستعير دينه، رجع الشيء لصاحبه وهو المعير، وإن لم يوف، وبيع المرهون في الدَّين، رجع المعير على المستعير بقيمته.

لكن يعد كون المرهون مملوكاً للراهن شرطاً لنفاذ الرهن عند الحنفية، فيكون رهن مال الغير بغير إذنه موقوفاً على إجازة صاحبه، فإن أجاز نفذ وإلا بطل.

شروط المرهون به:

المرهون به: وهو الدَّين أو الحق الذي أعطي به الرّهن، يشترط فيه ما يأتي:

1 ـ أن يكون ثابتاً في الذمة: فلا يصح أخذ رهن في وديعة أو قراض (مضاربة) ونحو ذلك من الأمانات.

---

(1) الشرح الصغير 307/3.
(2) بداية المجتهد 269/2، تبيين الحقائق للزيلعي 88/6.

لكن يصح عند المالكية والحنفية[1] الرهن في دين موعود به حين عقد الرهن، وسيقرضه الدائن في المستقبل، ويلزم بحصوله في المستقبل من غير حاجة إلى عقد جديد، كأن يقول الراهن للمرتهن: خذ هذا الشيء رهناً على ما اقترضه منك في المستقبل، أو على ثمن ما نبيعه لي، ودليل الجواز: الاستحسان مراعاة لحاجة الناس إليه. وهذا ما تسير عليه المصارف الإسلامية بطلب رهن ما ستقرضه للعميل في المستقبل.

ولا يصح الرَّهن عند الشافعية والحنابلة[2] بما سيقرضه، أي: بدَين مستقبل؛ لأنه ليس بحق ثابت في الذمة عند عقد الرَّهن، وقد شرع الرَّهن عند ثبوت الدَّين، لا عند الوعد به.

2 ـ أن يكون الدَّين لازماً أو آيلاً إلى اللزوم: فيصح الرَّهن في دين لازم من بيع أو قرض أو قيمة متلف، أو دين صائر إلى اللزوم، كأخذ رهن من صانع أو مستعير، خوفاً من ادعاء الضياع، فيكون الرَّهن في القيمة على ما يلزم في المستقبل، كما تقدم، ولا يصح الرَّهن فيما لا يلزم كنجوم عقد الكتابة، وجُعْل الجعالة.

3 ـ أن يكون معلوماً: أي: أن يكون الحق المرهون به معلوماً للعاقدين، فلا يصح الرَّهن بحق مجهول؛ لأن الجهالة تفضي إلى النزاع، فلو أعطاه رهناً بأحد دينين له، دون أن يعينه، لم يصح الرَّهن.

وقت لزوم الرَّهن:

يلزم الرَّهن عند المالكية بالعقد، فيكون للمرتهن مطالبة الراهن به، ولا يجبر الراهن على دفعه له ليحوزه قبل حصول مانع للراهن، لكن

---

(1) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 245/3، البدائع 143/3.

(2) مغني المحتاج 127/2، المغني 328/4.

لا يتم الرَّهن عندهم ويترتب عليه أثره من تمام التوثق واختصاص المرتهن به إلا بالقبض، أما قبل القبض فيكون المرتهن في وفاء دينه من المال أسوة الغرماء، ليس له حق أفضلية أو امتياز في الاستيفاء مقدماً على سائر الغرماء (الدائنين). وبناء عليه، يكون القبض عند المالكية شرطاً في تمام الرهن وكمال فائدته، وليس شرط صحة أو لزوم له، فإن تراخى المرتهن بعد العقد في المطالبة بالمال المرهون، أو رضي بتركه في يد الراهن، بطل الرَّهن[1].

ولا يلزم الرَّهن عند الجمهور غير المالكية إلا بقبضه، فما لم يتم القبض يجوز للراهن أن يرجع عن العقد، فإذا قبضه المرتهن، صار لازماً بالنسبة للراهن، ولم يجز له أن يفسخه، ولا يملك استرداده منه، ولا يكون لازماً للمرتهن، فله أن يفسخه ويرد المرهون إلى مالكه، فيكون القبض عندهم شرط لزوم؛ لقوله تعالى: ﴿ فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ ﴾ [البقرة: 283][2].

دوام القبض:

يشترط عند المالكية، والحنفية، والحنابلة[3] خلافاً للشافعية دوام قبض المرهون، فإن قبض المرتهن الرَّهن، ثم رده باختياره إلى الراهن أو عاد إليه بإعارة أو إيداع أو إجارة أو استخدام أو ركوب الدابة، بطل الرَّهن، فإن أعاد الراهن المرهون إلى المرتهن، لا يعود الرَّهن عند المالكية والحنفية إلا بعقد جديد، ويعود اللزوم عند الحنابلة بحكم العقد السابق. ودليلهم قوله تعالى: ﴿ فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ ﴾ [البقرة: 283]

---

(1) الشرح الصغير 313/3، القوانين الفقهية: ص 323 وما بعدها.

(2) الدر المختار 340/5، المهذب 305/1 وما بعدها، كشاف القناع 317/3.

(3) البدائع 142/6، القوانين الفقهية: ص 324، الشرح الكبير 241/3، المغني 331/4.

الذي يفهم منه اشتراط وجود القبض واستدامته.

ويرى الشافعية[1]: أن استدامة القبض فيما يمكن الانتفاع به مع بقائه ليس من شروط صحة القبض، فلا يمنع إعارة المرهون للراهن، أو أخذ الراهن المرهون بإذن المرتهن، واستعماله للركوب والسكنى والاستخدام، ويبقى وثيقة بالدين، لخبر الدارقطني والحاكم: «الرَّهن مركوب ومحلوب» ولأن الرَّهن عقد يعتبر القبض في ابتدائه، فلم يشترط استدامته كالهبة.

ما يترتب على القبض:

يترتب على قبض المرتهن الرَّهن الآثار التالية:

1 ـ **حبس المرهون:** يكون للمرتهن حق حبس المرهون إلى أن يستوفي دينه الذي رهن فيه، ولا يسلمه للراهن إلا بعد سداد الدَّين كله.

2 ـ **حق الأفضلية أو الامتياز في الاستيفاء:** يكون المرتهن أحق بالرَّهن من سائر الغرماء؛ لأن حقه تعلق بعين الرَّهن وبذمة الراهن معاً، أما باقي الغرماء فإن حقهم تعلق بذمة الراهن فقط، فكان حق المرتهن أقوى. وعليه، إذا بيع المال المرهون استوفى المرتهن كامل حقه أو دينه من ثمنه، وما بقي يكون للغرماء الآخرين الذين ليس لديونهم رهونات.

3 ـ **الانتفاع بالمرهون:** لا يجوز للمرتهن أن ينتفع بشيء من منافع الرَّهن كالركوب والسكنى واللبس؛ لأنه قبضه للتوثق، وحقه متعلق بمالية المرهون لا بمنافعه، وتكون منافعه لمالك الرَّهن وهو الراهن، ويتولى المرتهن قبض النماء والمنفعة للراهن بإذنه، لئلا تجول يد الراهن في الرَّهن، فيبطل الرَّهن.

---

(1) المهذب 311/1.

كما أن نفقة الرَّهن تكون على الراهن: لأن من له الغُنم عليه الغُرم، وحينئذ يرجع المرتهن بما أنفقه على الراهن، كما يبين من التفصيل التالي:

مؤنة الرهن أو نفقته: اتفق العلماء على أن نفقة الرَّهن أو مؤنته على المالك الراهن؛ لأن الشارع جعل الغُنم والغُرم للراهن، بدليل ما رواه الشافعي والدارقطني وغيرهما عن أبي هريرة: «لا يَغْلَق الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غنمه، وعليه غرمه» أي: لا يُتملك المرهون بالرهن.

لكن اختلف الفقهاء في نوع النفقة الواجبة على الراهن:

فقال الحنفية[1]: على المرتهن أجرة السكن والحفظ، كأجر حظيرة الحيوان وأجرة المخزن المحفوظ فيه؛ لأنها مؤنة إمساكه وحفظه وارتهانه، وهي عليه.

وعلى الراهن ما يحتاجه المرهون من نفقات لمصلحته وضمان بقائه، كطعام الحيوان وشرابه وأجرة الراعي، وسقي الشجر، ونفقة تلقيحه وجذاذه (قطفه) والقيام بمصالحه، وسقي الأرض وإصلاحها وكري أنهارها وإنشاء مصارفها، وضريبة خراجها وعشر حاصلاتها، لأن كل ما ذكر: هو من مؤنة (ما به بقاؤه) المال المملوك، ومؤنة المملوك على مالكه.

وعلى الراهن والمرتهن معاً نفقات رد المرهون عند ضياعه، ونفقات علاجه من الأمراض، فيكون على المرتهن بقدر ضمانه وهو ما يقابل الدَّين، والباقي: وهو ما زاد على قدر الدَّين على الراهن.

(1) تبيين الحقائق 68/6.

وذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة[1]: إلى أن جميع نفقات الرَّهن على الراهن، سواء منها ما كان لبقاء عينه أو بقصد حفظه وعلاجه، للحديث المتقدم: «لا يَغْلَقُ الرَّهن من صاحبه الذي رهنه، له غُنْمه وعليه غُرْمه» وكلّ إنفاق من غرمه، ولأن نفقة المملوك على مالكه.

فإن لم ينفق الراهن، واحتاج الرَّهن إلى نفقة كعلف حيوان، وإصلاح عقار، أنفق المرتهن في رأي المالكية، ورجع بجميع ما أنفق على الراهن، وإن زاد على قيمة الرَّهن، وتكون النفقة ديناً في ذمة الراهن، لا بمالية الرَّهن أو عينه، سواء أنفق بإذن منه، أم بغير إذن؛ لأنه قام بواجب على الراهن.

ويكون إنفاق المرتهن في رأي الشافعية بإذن القاضي، ثم يرجع على الراهن بعد الإشهاد على النفقة، وبإذن الراهن في رأي الحنابلة وإلا كان متبرعاً، ثم يرجع على الراهن بأقل المبلغين: نفقة المثل، وما أنفقه فعلاً، بشرط أن ينوي الرجوع بالنفقة، ولا حاجة عندهم لإذن القاضي ولا الإشهاد على النفقة.

الانتفاع بالرَّهن:

الانتفاع بالرَّهن إما من الراهن وإما من المرتهن.

أما انتفاع الراهن بالرَّهن: فلا يجوز عند المالكية[2]، ولو بإذن المرتهن، حتى لا يعد تنازلاً عن حقه في الرَّهن. وإنما ينيب الراهن

---

(1) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 251/3 وما بعدها، الشرح الصغير 334/3 وما بعدها، مغني المحتاج 136/2، المغني 392/4.

(2) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي 241/3 وما بعدها، الشرح الصغير 325/3 وما بعدها.

المرتهن في أن ينتفع بالرَّهن نيابة عنه ولحساب الراهن، حتى لا تتعطل منافع الرَّهن.

وأجاز الحنفية والحنابلة[1] للراهن الانتفاع بالرهن بإذن المرتهن. ورأى الشافعية[2] أن الراهن ينتفع بالرَّهن ولو من غير إذن المرتهن، كالركوب والاستخدام والسكنى واللبس والحمل على الدابة ونحوها؛ لأن منافع الرَّهن ونماءه ملك للراهن، ولا يتعلق بها الدَّين، ولخبر الدارقطني والحاكم: «الرهن مركوب ومحلوب».

وأما انتفاع المرتهن بالرَّهن: ففيه تفصيل لدى المذاهب يتبين فيما يأتي[3]:

يرى الحنفية: أنه يجوز للمرتهن الانتفاع بالرَّهن بإذن الراهن؛ لأنه تبرع من الراهن للمرتهن ،إذا لم يكن مشروطاً في العقد أو متعارفاً عليه؛ لأن المعروف كالمشروط، وذكر ابن نجيم المصري أنه يكره تحريماً للمرتهن الانتفاع بالرَّهن.

وذهب المالكية: إلى أنه إذا أذن الراهن للمرتهن بالانتفاع، أو اشترط المرتهن المنفعة، جاز إذا كان الدَّين من بيع ونحوه من المعاوضات، وعينت المدة، بأن كانت معلومة،للخروج من الجهالة المفسدة للإجارة، لأنه بيع وإجارة، وهو جائز.

ولا يجوز إن كان الدَّين من قرض(سلف) لأنه قرض جرّ نفعاً. ولا يجوز الانتفاع في حالة القرض إن تبرع الراهن للمرتهن بالمنفعة، أي: لم يشترطها المرتهن؛ لأنها هدية مديان، وقد نهى عنها النَّبي ﷺ.

---

(1) البدائع 146/6، كشاف القناع 323/3.

(2) مغني المحتاج 131/2 وما بعدها.

(3) تكملة فتح القدير 201/8، الشرح الكبير 246/3، حاشية البجيرمي على الخطيب 61/3، مغني المحتاج 122/2، كشاف القناع 342/3.

ولم يجز الشافعية كالمالكية للمرتهن أن ينتفع بالمرهون: لقول النَّبي ﷺ: «لا يغلق الرَّهن من صاحبه الذي رهنه، له غنمه وعليه غُرمه».

قال الشافعي رحمه الله: غُنمه: زياداته، وغُرمه: هلاكه ونقصه، ومن الغُنم سائر وجوه الانتفاع. لكن لو كانت المنفعة مقدرة، وكان الرَّهن مشروطاً في بيع، كقوله: وتكون منفعته لي سنة، جاز جعل المنفعة للمرتهن، لأنه جمع بين بيع وإجارة في صفقة، وهو جائز عندهم كما ذكر المالكية.

وكذلك الحنابلة قالوا كالمالكية والشافعية: لا يجوز في غير الحيوان كالدار والمتاع ونحوه للمرتهن الانتفاع بالرَّهن بغير إذن الراهن بحال، لأن منافع الرهن ونماءه ملك الراهن، فإن أذن له بالانتفاع يجوز له ذلك إذا كان الدين ناشئاً من بيع، ولو كان الانتفاع بغير عوض أو مع المحاباة في الأجرة. فإن كان الانتفاع بأجر المثل من غير محاباة، جاز، سواء كان الدَّين من قرض أو بيع أو غيرهما.

وأما الحيوان: فيجوز للمرتهن أن ينتفع به إذا كان المرهون مركوباً أو محلوباً، بقدر نفقته، وإن لم يأذن له الراهن ، لقوله ﷺ المتقدم: «الظهر يرُكب بنفقته إذا كان مرهوناً ،ولبن الدّر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة».

والحديث وإن جاء بأسلوب الجملة الخبرية فهو في معنى الإنشاء، مثل قوله تعالى: ﴿ ۞وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ ﴾ [البقرة: 233] ولأن التصرف معاوضة، والمعاوضة تقتضي المساواة بين البدلين، والسّنة أصل من أصول التشريع، لا ترده أيّ أصول اجتهادية أخرى.

التصرف بالرَّهن:

يرى المالكية [(1)] أنه إذاتصرف الراهن بالرَّهن بعد القبض من غير إذن المرتهن، ببيع أو إجارة أو هبة أو صدقة أو إعارة ونحوها، كان التصرف باطلاً، وبطل الرَّهن بمجرد الإذن بالتصرف وإن لم يتصرف الراهن، لاعتبار الإذن تنازلاً عن الرَّهن.

ولا يجوز للمرتهن التصرف في الرَّهن بغير إذن الراهن؛ لأنه تصرف فيما لا يملك، فإن تصرف فيه بغير إذنه بيعاً أو هبة أو إجارة أو إعارة، كان موقوفاً على إجازة الراهن، كتصرف الفضولي عندهم.

وإن تصرف بإذن الراهن نفذ، وبطل رهنه إذا كان التصرف بيعاً أو هبة، أو إجارة لمدة تمتد إلى ما بعد حلول أجل الدَّين، أما إذا كانت مدتها تنتهي قبل حلول أجل الدَّين، فلا يبطل الرَّهن بإعارته لمدة تمتد إلى ما بعد حلول أجل الدَّين، ولم يشترط رد المرهون إلى المرتهن عند حلول الدَّين، أو لم يكن هناك عرف يقضي برده. فإن انتهت مدة الإعارة قبل حلول الأجل، أو اشترط الرد عند الحلول، أو وجد عرف يقضي برده ، فلا يبطل الرَّهن حينئذ.

بيع الرَّهن:

لا يجوز للراهن بيع الرَّهن، ويجوز للمرتهن أن يبيع الرهن، ويوفي نفسه من ثمنه إن كان الراهن قد جعل له بيعه، وإلا باعه وكيل الراهن أو باعه القاضي، ووفى المرتهن دينه من الثمن [(2)].

وإذا أذن المرتهن للراهن ببيع الرهن، فليس للعدل (الذي اؤتمن على حفظ الرَّهن) ولا للمرتهن بيع الرَّهن إلا بإذن الراهن؛ لأن ولاية

---

(1) الشرح الكبير 241/2، 242، 248.

(2) القوانين الفقهية: ص 324.

المبيع له، وللأمين الذي وضع الرّهن تحت يده بيع الرّهن في الدين إن أذن له الراهن في بيعه[1].

ولا يملك الراهن ولا المرتهن عزل الوكيل في بيع الرّهن، كما لا يجوز له أن يعزل نفسه ولا ينعزل إلا باتفاقهما على عزله.

ما يتبع الرهن أو نماؤه وزوائده:

يرى المالكية[2]: أنه يدخل في الرهن كل زيادة متولدة متصلة لا تنفصل كالسمن والجمال، أو منفصلة متناسلة كالولدوالنتاج وفسيل النخيل أوالشجر؛ لأنه كولد الحيوان، ونحوه مما كان من نماء الرهن المنفصل على خلقته وصورته، ويدخل أيضاً صوفه إذا كان وقت الرّهن قد تم على ظهرها تبعاً لها، وإلا لم يدخل، فلا يدخل الصوف النامي الجديد في الرهن.

أما ما لم يكن على خِلْقه المرهون وصورته، فلا يدخل في الرّهن ولا يتبعه، سواء أكان متولداً عنه كثمر الشجر أو النخل واللبن، أم غير متولد ككراء الدار وسائر الغلات.

ويلحق الحنفية الرّهن النماء المتولد المنفصل أو المتصل، ولا يلحق به الزيادة غير المتولدة كالأجرة وغلة الأرض، فهم أوسع من المالكية.

ويلحق الحنابلة بالرهن جميع زوائده المتصلة والمنفصلة، المتولدة وغير المتولدة، الغلة وغيرها، فهم أوسع المذاهب في ذلك.

وقصر الشافعية ما يلحق بالرهن على الزيادة الوصفية فقط: وهي الزيادة المتصلة كالسمن والكبر والجمال ونمو الثمر، ولا يلحق به أيّ زيادة منفصلة كالثمر والولد والصوف واللبن وأجرة الدار، فهم أضيق المذاهب في هذا.

---

(1) الشرح الكبير 250/3، الشرح الصغير 332/3.

(2) الشرح الكبير، المرجع السابق 244/3، القوانين الفقهية: ص 324.

ضمان الرَّهن:

يرى الحنفية[1]: أن يد المرتهن يد أمانة بالنسبة لعين المال المرهون، ويد استيفاء أو ضمان بالنسبة لمالية المرهون فيما يقابل الدين من مالية الرهن، فما يساوي الدَّين من مالية الرَّهن تعتبر يد المرتهن عليه يد ضمان أو استيفاء، فإذا تلف المرهون، كان المرتهن مستوفياً من دينه هذا المقدار، واحتسب من ضمانه، وأما ما زاد من قيمة الر هن على الدَّين فهو أمانة، يهلك بهلاك الأمانة، فلا يضمن إلا بالتَّعدي أو التقصير.

ومعنى هذا: أن المرتهن يضمن الرَّهن بالأقل من قيمته وقت قبضه، ومن الدَّين، فإذا كانت قيمته وقت تسليمه إلى المرتهن مساوية لقيمة الدَّين، سقط الدَّين بهلاكه. وإذا كانت أقل، سقط من الدَّين بقدرها، وطالب المرتهن الراهن بوفاء الباقي من دينه. وإذا كانت أكثر، سقط الدَّين كله، ويكون الباقي من الرَّهن أمانة، فإن تلف المرهون بالتعدي عليه أو التقصير في حفظه، ضمنه المرتهن، وإن لم يوجد تعدّ ولا تقصير لم يضمن شيئاً؛ لأنه أمانة.

ودليلهم حديث «الرَّهن بما فيه»[2] أي: يهلك بما رهن فيه، وما روي أن رجلاً رهن فرساً، فنفق (مات) في يده، فقال رسول الله ﷺ للمرتهن: «ذهب حقك»[3].

ويرى بقية المذاهب[4]: أن يد المرتهن يد أمانة على الرَّهن، فلا

---

(1) البدائع 154/6، تبيين الحقائق 63/6.

(2) رواه الدارقطني مسنداً عن أنس، وأبو داود مرسلاً، والأول ضعيف والثاني مرسل صحيح.

(3) رواه أبو داود في مراسيله، وهو ضعيف.

(4) الشرح الكبير والدسوقي 253/2 وما بعدها، مغني المحتاج 136/2، كشاف =

يضمن إلا بالتعدي أو التقصير، ولا يسقط شيء من الدَّين بهلاك الرَّهن، وأطلق الشافعية والحنابلة الحكم بأن الرَّهن أمانة، فإذا هلك الرهن في يد المرتهن من غير تعد ولا تقصير منه في المحافظة عليه، لم يضمنه.

وفصل المالكية في الحكم، فقالوا: يضمن المرتهن ما يُغَاب عليه، أي: ما يمكن إخفاؤه كالحلي والثياب والكتب والسلاح والسفينة وقت جريها ونحوه، مما يمكن إخفاؤه وكتمه، بشرطين:

1 ـ إن كان بيده وفي حيازته بحيث تجول يده فيه سراً.

2 ـ ألا تشهد له بيِّنة بأنه تلف بلا تفريط منه، فإذا لم يكن في حوزه بأن كان في يد أمين، أو شهدت بينة بأنه تلف بدون تفريط منه، فلا ضمان عليه. وفي حال حيازته يستمر الضمان عليه إلى وقت تسليم الرهن لصاحبه.

ولا يضمن ما لا يُغَاب عليه كالعقار والحيوان، والسفينة الواقعة في المَرْسىٰ، أي ما لا يمكن إخفاؤه، إلا إذا قامت بينة أو قرينة على كذبه.

ودليل غير الحنفية على كون يد المرتهن يد أمانة: حديث أبي هريرة المتقدم: «لا يغلَق الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غنمه عنه وعليه غُرمه» فإن النَّبي ﷺ جعل غرم الرَّهن، ومنه هلاكه، على الراهن، وإنما يكون غرمه عليه إذا هلك أمانة؛ لأن عليه قضاء دين المرتهن بغض النظر عن هلاك المرهون، أما إذا هلك مضموناً، كان غرمه على المرتهن، حيث سقط حقه، لا على الراهن.

ويؤيده أن الرَّهن وثيقة بالدَّين، فلا يجوز أن يسقط الدَّين بهلاكه، إذ يتنافى السقوط مع كونه وثيقة. كما أن وجود المرهون في يد المرتهن حدث برضا الراهن، فكان بسبب الرضا أميناً، كالوديع بالنسبة للمودع،

= القناع 328/3، الشرح الصغير 336/3.

ويظهر رجحان هذه الأدلة ، لا سيما وأن أدلة الحنفية من الأحاديث غير قوية بسبب ضعفها كما تقدم.

غلَق الرَّهن:

أخرج الشافعي والدارقطني بإسناد حسن متصل [1]عن أبي هريرة عن النَّبي ﷺ قال: «لا يغْلَق[2]الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غنمه وعليه غُرمه» أي أن غلق الرَّهن لا يجوز: وهو أن يشترط المرتهن أن الرهن له بحقه، إن لم يقم الراهن بإيفاء دينه عند حلول الأجل[3].

قال في القاموس: غلِق الرهن كفرح: استحقه المرتهن ، وذلك إذا لم يفتكه في الوقت المشروط، وقال الأزهري: الغلق في الرَّهن ضد الفك، فإذا فك الراهن الرَّهن، فقد أطلقه من وثاقه عند مرتهنه.

وروى عبد الرزاق عن معمر: أنه فسر غلاق الرهن بما إذا قال الرجل: إن لم آتك بمالك، فالرَّهن لك، قال: ثم بلغني عنه أنه قال: إن هلك لم يذهب حق هذا، إنماهلك من رب الرَّهن، له غُنمه وعليه غُرمه. وقد روي أن المرتهن في الجاهلية كان يتملك الرَّهن إذا لم يؤد الراهن إليه ما يستحقه في الوقت المضروب، فأبطله الشارع.

الاختلاف في مقدار الحق المرهون فيه ومكان وضع الرَّهن وتلف المرهون:

ـ إذا اختلف الراهن والمرتهن في قد ر الحق أو الدَّين المرهون به، فقال الراهن: رهنتك متاعي بألف، وقال المرتهن؛ بل بألفين، فمن

---

(1) وأخرجه أيضاً الحاكم والبيهقي وابن حبان في صحيحه، وابن ماجه من طريق أخرى (نيل الأوطار 235/5).
(2) يحتمل أن تكون «لا» نافية، ويحتمل أن تكون ناهية.
(3) القوانين الفقهية: ص 324.

الذي يصدق قوله، أهو الراهن أم المرتهن؟ في ذلك اتجاهان[1]

الاتجاه الأول للحنفية والشافعية والحنابلة: أن القول قول الراهن بيمينه؛ لأنه منكر للزيادة التي يدعيها المرتهن، والقول قول المنكر؛ لقوله ﷺ: «لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى قوم دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه» والراهن هنا مدعى عليه، والمرتهن مدع، فوجب أن تكون اليمين على الراهن، على ظاهر السنة المشهورة.

والاتجاه الثاني للمالكية: أن القول قول المرتهن إلا فيما زاد على قيمة الرهن، فالقول قول الراهن؛ لأن المرتهن، وإن كان مدعياً، فله هاهنا شبهة، بنقل اليمين إلى حيِّزه، وهو كون الرَّهن شاهداً له؛ لأنه أكثر من قدر المرهون به، ومن أصول الإمام مالك: أن يحلف أقوى المتداعيين شبهة.

ـ وإذا تنازع الراهن والمرتهن في كيفية وضع الرَّهن، فقال الراهن مثلاً: يوضع على يد أمين، وقال المرتهن: يوضع عندي، أو على العكس، فالقول عند المالكية قول من طلب وضعه عند الأمين، وهو الراهن[2].

ـ وإذا اختلف المتراهنان في تلف العين المرهونة، فقال المرتهن: هلكت، ولم يذكر سبباً، فالقول بالاتفاق قول المرتهن بيمينه؛ لأنه أمين[3]. والقول للمرتهن أيضاً إذا اختلفا في مقدار قيمة المرهون بعد هلاكه؛ لأنه غارم.

---

(1) بداية المجتهد 274/2، القوانين الفقهية: ص 325، البدائع 174/6، المهذب 316/1، المغني 398/4.

(2) الشرح الكبير 244/3، الشرح الصغير 321/3.

(3) الشرح الكبير 242/3 - 243، 260، بداية المجتهد 275/2، الشرح الصغير 341/3، البدائع 154/6، مغني المحتاج 138/2، كشاف القناع 340/3.

مبطلات الرَّهن:

يبطل الرَّهن (أي العقد) عند المالكية[1] بطروء مانع للراهن قبل حوز الرهن، كموته أو جنونه، أو مرضه المتصل بالموت، أو إفلاسه، أو مطالبة الغرماء له بأداء الدَّين، أو مطالبتهم بالحجر عليه.

ويبطل أيضاً بإذن الراهن في سكنى الدار المرهونة أو في إجارة الدار المرهونة، وبإعارة مطلقة للراهن: وهي التي لم يشترط فيها الرد قبل الأجل ولم يجر العرف بذلك، ولم تقيد بزمن أو عمل ينقض ما قبله. فإن قيدت بذلك فللمرتهن أخذ المرهون من الراهن.

ويبطل الرَّهن بشرط مناف لما يقتضيه العقد؛ لأن القاعدة أن كلّ عقد شرط فيه شرط مناف لما يقتضيه مفسد له، فعقد الرَّهن يقتضي أنه يباع إذا لم يوف الراهن الدَّين، وأنه يقبض عند المرتهن أوعند أمين، فإن شرط خلاف ذلك، بأن شرط ألا يقبض من راهنه أو ألا يبيعه مرتهنه عند الأجل، بطل العقد.

ويبطل الرَّهن بجعله في بيع أو قرض فاسد، مثال البيع الفاسد: البيع الواقع وقت نداء الجمعة أو لأجل مجهول، ومثال القرض الفاسد: دفع حب عفِن في جيد، لكن إذا فات الفاسد بمفوت [2]صح جعل ذلك الرَّهن في عوضه من قيمة أو مثل أو ثمن.

---

(1) الشرح الصغير 313/3 - 318.

(2) مفوتات البيع الفاسد كما تقدم، أي لا يرد المبيع للبائع: مثل تغير ذات المبيع بسمن أو هزال، وخروجه من يد مشتريه ببيع أو هبة أو صدقة أو وقف، وتعلق حق غير المشتري به كرهن له في دين أو إجارته، وحفر بئر أو غرس شجر أو إقامة بناء في الأرض المبيعة، وطول مكث حيوان عند المشتري بعد قبضه كشهر، ونقل المبيع من محل إلى آخر بكلفة، وتغير سوق غير المثلي والعقار كالحيوان والعروض.

انتهاء الرَّهن:

ينتهي عقد الرَّهن فيما عدا حالات بطلانه السابقة بما يلي:

1 ـ تسليم المرهون لصاحبه: ينتهي الرَّهن عند غير الشافعية، كما تقدم بتسليم المرهون للراهن؛ لأنه وثيقة بالدَّين، فإذا سلم المرهون، لم يعد الاستيثاق قائماً، فينتهي الرَّهن، كما ينتهي بإعارته للراهن كما تقدم.

2 ـ وفاء الدَّين كله: إذا وفى الراهن الدَّين المرهون له، انتهى الرَّهن.

3 ـ البيع الجبري أو الاختياري: إذا أمر القاضي ببيع الرَّهن لإيفاء الدَّين من ثمنه، ينتهي الرَّهن ويزول.

وينتهي الرَّهن عند المالكية والشافعية والحنابلة إذا قام الراهن ببيع المرهون بإذن المرتهن، ولم يكن على الراهن عوضه، ويبقى الدين بلا رهن.

4 ـ الإبراء من الدَّين والبراءة منه بأي وجه: ينتهي الرَّهن إذا أبرأ المرتهن الرَّهن من الدَّين، أو برىء الراهن من الدَّين، ولو بحوالة المرتهن على مدين للراهن، ويبرأ أيضاً وينفك الرَّهن لو اعتاض المرتهن عن الدَّين عيناً أخرى غير الأولى.

5 ـ فسخ الرَّهن من قبل المرتهن ولو بدون قبول الراهن: ينتهي الرَّهن بذلك؛ لأن الحق فيه للمرتهن، والرَّهن جائز غير لازم من جهته، ولا ينتهي الرَّهن بفسخه من الراهن للزومه من جهته.

وينتهي الرَّهن عند المالكية بترك الرهن قبل القبض في يد الراهن حتى باعه؛ لأن تركه على هذا الوضع كتسليم المرتهن بالأمر، فصار في معنى الفسخ. وينتهي الرَّهن عندهم أيضاً بإذن المرتهن للراهن في بيع الرَّهن بعد أن سلَّمه له، وباعه فعلاً، ويبقى الدَّين بلا رهن، ولا يقبل

قول المرتهن: إني لم آذن له في بيعه إلا لإحيائه بثمنه، لا ليأخذ ثمنه.

6 ـ هلاك المرهون: ينتهي عقد الرَّهن بالاتفاق بهلاك المال المرهون، لانعدام محل العقد.

7 ـ التصرف بالمرهون بالإجارة أو بالهبة أو الصدقة ونحوها: ينتهي الرَّهن إذا أقدم كل من الراهن أو المرتهن على إجارة المرهون أو هبته أو التصدق به أو بيعه لأجنبي بإذن صاحبه. كما ينقضي باستئجار المرتهن العين المرهونة من الراهن إذا جدد القبض بناء على الإجارة[1]. أما بيعه من المرتهن للراهن فلا ينقضي به الرهن، لحلول الثمن محله في الرهنية.

❁ ❁ ❁

---

(1) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي241/3 - 243 ، مغني المحتاج 141/2، الدر المختار 364/5، المغني 403/4.

الفصل السادس
الكفالة أو الضمان

تعريف الكفالة ومشروعيتها، وأركانها، وشروطها، وأنواعها، مايلتزم به الكفيل عند تعدد الكفلاء، ما يرجع به الكفيل (الضامن) إذا غرم، تعجيل الدين بموت الضامن، انتهاء الكفالة أومبطلات الضمان(1).

تعريف الكفالة ومشروعيتها:

الكفالة أو الحمالة أو الزعامة أو الضُّمان: هي الحفظ ، قال الله تعالى: ﴿وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: 72] وتسمى أيضاً أَذَانَة من الأَذَن: وهو الإعلام، لأن الكفيل يُعْلِم أن الدين قبله، أو أن الأذانة بمعنى الإيجاب، لأنه أوجب الحق على نفسه، وتسمى أيضاً: قبالة.

واصطلاحاً: هي التزام مكلف غير سفيه ديناً على غيره، أو طلبَه مَنْ عليه الدَّين لمن هو له بما يدل عليه. وعبارة خليل: الضمان: شغل ذمة أخرى بالحق.

فكلمة «مكلف» لإخراج الصّبي والمكره والمجنون ولو أنثى.

---

(1) الذخيرة 191/9-240 ، بداية المجتهد 291/2- 294، الشرح الصغير: 429/3-454 ، الشرح الكبير 329/3 - 347، القوانين الفقهية: ص 325 - 326.

ولا يصح من السفيه، وكلمة «ديناً» معمول «التزام» والتعريف الأوّل إلى كلمة «غيره» ضمان المال، والشطر الثاني بعدئذ لضمان الوجه (الكفالة بالنفس) وضمان الطلب، وكلمة «أو طلبَه» أي: المكلف المذكور لمن هو: أي: الدَّين، سواء كان الطلب على وجه الإتيان به لربِّ الدَّين وهو ضمان الوجه، أو مجرداً عن ذلك، وهو ضمان الطلب، فشمل التعريف أنواع الضمان الثلاثة. وحرف «أو» للتنويع، وجملة «بما يدل عليه» أي: على الالتزام المذكور من صيغة لفظية، مثل: أنا ضامن أو ضمانه علي، أو غير لفظية كإشارة مفهمة أو كتابة. ويكون معنى التعريف في الجملة: التزام مكلف غير سفيه ديناً على غيره، أو التزام المكلف مطالبة شخص من عليه الدين لمن الدين له.

وبعبارة أخرى: هي أن يلتزم شخص ديناً على غيره أو يلتزم طلب من عليه الدَّين لمن الدَّين له، وسواء كان الطلب على وجه الإتيان به لرب الحق، أو على وجه التفتيش عنه وإرشاد صاحب الحق عليه.

والكفالة بأنواعها مشروعة، لإطلاق قول الله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ [يوسف: 72] قال ابن عبَّاس: الزعيم: الكفيل، وقوله عليه الصلاة والسلام: «الزعيم غارم»[1].

أركانها وشروطها:

أركان الكفالة خمسة: ضامن، ومضمون، ومضمون له، ومضمون عنه، وصيغة.

أما الضامن أو الكفيل: فهو كل من يجوز تصرفه في ماله، بأن يكون من أهل التبرع: وهو الحرّ الرشيد، فلا يجوز ضمان السفيه، ولا الصبي الصغير، ولا المجنون، ولا المكره، ولا العبد إلا بإذن سيِّده، ولا المريض مرض الموت أو المرأة فيما زاد على ثلث مال كل منها،

(1) رواه أبو داود والترمذي وحسَّنه، وابن حبّان وصححه.

إلا بإذن الورثة للمريض، وبإذن الزوج لزوجته، أما ضمان الزوجة والمريض بقدر ثلث مالهما فيلزمهما، فإن زاد على الثلث لم يلزمهما، بل يتوقف على إجازة الوارث أو الزوج.

وجاز أن يقول شخص لغيره: داين فلاناً وأنا ضامن، وقد يكون ضامناً بالطلب، فيكون الكفيل؛ هو الملتزم بالدَّين أو بالطلب.

وأما المضمون أوالمضمون فيه: فهو كل حق تصح النيابة فيه، وذلك في الأموال وما يؤول إليها، فلا يصح الضمان في الحدود ولا في القصاص، لأنها لا تصح النيابة فيها، وإنما الحكم فيها بالسجن حتى يثبت الحق، ويستوفى. وقد يعبر عنه بكلمة المضمون به: وهو الدَّين اللازم أو الآيل إلى اللزوم الذي يمكن استيفاؤه من ضامنه.

ويجوز ضمان المال المعلوم اتفاقاً، والمجهول خلافاً للشافعي، ويجوز الضمان بعد وجوب الحق اتفاقاً، وقبل وجوبه، خلافاً للشافعية وشريح القاضي وسحنون.

ولا يلزم الضامن الحق بإقرار المطلوب حتى يثبته، في المشهور.

فيلزم الضمان فيما ثبت ببينة أو إقرار أنه داينه به، وكان مما ثبت مما يُعامَل به مثلُه، لا إن لم يثبت، ولا إن عامله بشيء لا يعامل به مثله، على أرجح التأويلين. فإذا قال الكفيل: عامل فلاناً وضمانه مني، وشأن فلان أن يعامل في ثلاثة دنانير، فعامله في عشرة، فلا يضمن ذلك القائل الزائدَ على ثلاثة.

وشرط الدَّين: لزومه للمضمون في الحال أو في المآل، أي: في المستقبل، كجُعْل، فإنه قد يؤول للزوم.

وأما المضمون له: فهو من له الدَّين، أي: الدائن المكفول له، وهو المطالب صاحب الحق.

وأما المضمون عنه أو المكفول عنه أوالأصيل المدين: فهو كل

مطلوب بمال، ويجوز الضَّمان عن الحيّ والميت. ومنع أبو حنيفة الضَّمان عن الميت إذا لم يترك وفاء بدينه، ويجوز الضَّمان عن الحاضر والغائب، وعن الموسر والمعسر أو المعدِم، ويجوز الضَّمان بإذن المضمون عنه وبغير إذنه، فلا يشترط إذنه، مثل أدائه عنه، أي: كما يجوز لإنسان أن يؤدي ما على مدين رفقاً به، لا عنَتاً، أي: ضرراً، والمراد: أنه إذا كان لأجل ضرر المدين فلا يجوز الضمان عنه.

وأما الصيغة: فهي ما يدل على الالتزام بالدَّين أو بإحضار المكفول عنه، من صيغة لفظية، مثل: أنا ضامن أو ضمانه علي، أو غير لفظية كإشارة مفهمة أوكتابة، فهي الإيجاب من الكفيل عند الجمهور وعند أبي يوسُف، وهو كل مايدل على الضمان والالتزام. والإيجاب والقبول عند أبي حنيفة ومحمد، كأن يقول شخص لآخر: كفلت لك الحق الذي على فلان، فيقول الآخر له: قبلت. ومثل ذلك: ضمنت وتحملت، وأنا بذلك كفيل أو حميل أو زعيم.

شروط الكفالة:

يفهم مما سبق أنه يشترط في كل ركن من أركان الكفالة شرط أو أكثر، فتكون شروط الكفالة هي ما يأتي[1]:

1 ـ يشترط في الكفيل: أهلية التبرع: بأن يكون مكلفاً رشيداً، لأنه يعد متبرعاً بالكفالة، فلا تصح من صبي ولا مجنون ولا معتوه ولا سفيه.

2 ـ ويشترط في المكفول له: ما يشترط في المتبرع له، من كونه أهلاً لأن يملك. وأن يكون معلوماً، لا مجهولاً؛ لأن المجهول لا يملك.

(1) دراسات في الشريعة الإسلامية للشيخ عبد الجليل القرنشاوي: ص422 وما بعدها.

3 ـ ويشترط في المكفول: أن يكون قادراً على تسليم المكفول به، إما بنفسه، وإما بنائبه، فلا تصح عند الحنفية كفالة مدين مات مفلساً، ويصح عند المالكية لقولهم: صح الضمان عن الميت المفلس، أي: المعسر، وأن لا يكون مجهولاً جهالة فاحشة، فإذا قال شخص لآخر: كفلت لك شخصاً تقرضه، أو كفلت أحد المدينين لك، لم تصح الكفالة.

4 ـ ويشترط في المكفول به أن يكون:

أ ـ مطلوباً من الأصيل طلباً جازماً أو لازماً، بحيث يجبر على تسليمه، فتجوز الكفالة بالديون، لأن المدين يجبر على أدائها.

ب ـ أن يكون مقدور التسليم من الكفيل .

ج ـ ألا يسقط عند الحنفية إلا بالأداء أو الإبراء: فلا تصح الكفالة بدين الزكاة، لأنه يسقط بالموت عند الحنفية.

أنواع الكفالة:

الكفالة أو الضّمان نوعان: ضمان مال، وضمان وجه، وضمان الوجه نوعان: مجرد الإحضار بدون غرم، والإحضار مع الغرم، فتصير الكفالة ثلاثة أنواع: ضمان مال، وضمان وجه، وضمان طلب.

ضمان أو كفالة المال وحكمها: وهي التزام شخص ديناً على غيره يغرم فيه الضّامن، ويرجع على المضمون عنه إن ضمنه بإذنه اتفاقاً، وكذلك عند الجمهور: إن ضمنه بغير إذنه، خلافاً لأبي حنيفة.

وحكمها: أنها عقد لازم بالنسبة للكفيل، فلا يملك فسخه بدون رضا المكفول له، وغير لازم بالنسبة للمكفول له، فيجوز له أن يفسخها متى شاء، لأنها حقه، وله أن يتنازل عنه.

وإذا صحت الكفالة بتوافر أركانها وشروطها، ثبت الحق للدائن المكفول له في مطالبة الكفيل بما يطالب به الأصيل، من دين ثابت في

ذمة الأصيل. ويلزم الكفيل بأداء الدين المكفول به.

كفالة الوجه وحكمها: وهي كفالة النفس عند الحنفية، وكفالة البدن عند الشافعية: وهي التزام شخص إحضار الغريم عند حلول الأجل، وهي جائزة عند أئمة المذاهب الأربعة، حتى الشافعية على المذهب عندهم.

وحكمها: مثل كفالة المال لازمة للكفيل، ولا يملك فسخها بدون رضا المكفول له، وغير لازمة إلى المكفول له، فله فسخها متى شاء. ويترتب على لزومها: أنه يجب على الكفيل إحضار الغريم إلى المكفول له في وقت حلول الأجل، بناء على طلب المكفول له، ولا يبرأ الكفيل إلا بتسليم المكفول لصاحب الحق، حتى وإن كان عديماً أو مسجوناً لأنه لم يضمن إلا وجهه. وبراءته بتسليمه له في السجن. والإحضار: هو أن يجمعه مع مطالبه في موضع الحكم.

فإن أحضره برىء، وإن لم يحضره غرم المال، على المشهور، خلافاً لابن عبد الحكم القائل: إنه لا يلزم ضامن الوجه إلا إحضاره، ولا غرم عليه، وإن مات الكفيل غرم ورثته المال من تركته إلا أن يُحضروا المضمون، وقال أبو حنيفة: يحبس حتى يأتي به.

يتبين من هذا أن كفالة الوجه أو ضمان الوجه تختص بالغرم عند تعذر تسليم المكفول بنفسه، خلافاً لضمان الطلب، ولذا لم تصح كفالة الوجه في غير المال، وتصح في كفالة الطلب كالحدود والقصاص.

كفالة الطلب وحكمها: هي التزام الكفيل طلب الغريم المكفول وهو التفتيش عليه والدلالة عليه إن تغيب، فهي تتفق مع كفالة الوجه في إلزام الإحضار، لكن تختص كفالة الوجه بغرم المال عند التعذر، فلا تصح في غير المال، وأما كفالة الطلب: فلا غرم فيها، وتصح في غير المال من الحقوق البدنية من قصاص وحدود وتعزيرات متعلقة بآدمي.

وصيغتها: إما بصريح لفظه بأن يقول: أنا كفيل بالطلب أولا أكفل

إلا طلبه، وإما بلفظ غير صريح بأن يذكر ما يدل على التزام مجرد طلب الغريم.

وحكمها: أن الكفيل يطالب عند حلول الأجل بما يدل على المكفول، فإن لم يحضره لا غرم عليه إلا إذا فرط في الإتيان به أو في الدلالة عليه. وإن ادعى الكفيل أنه لم يجد المكفول، صُدِّق، وحلف أنه لم يقصر في طلبه، ولم يعلم موضعه. ولا يغرم المال إلا عند التفريط في الدلالة عليه، وأما إذا كفله لحد أو قصاص أو تعزير ترتب على المكفول فإن الكفيل يعاقب، أي يعزر فقط بما يراه الحاكم مناسبا على ما هو الصحيح عند المالكية. وقال عثمان البتي: تلزمه الدية وأرش الجراحة. ومحل العقوبة: إذا لم يغرم الكفيل المال.

والحاصل كما ذكر الدسوقي: أنه في ضمان الطلب؛ إن كان المضمون عليه مالاً، وفرط الضامن في الإتيان بالمضمون، أو هرَّبه، فإنه يغرم ما عليه من المال، وإن كان الضمان في قصاص أو جرح أوحد أو تعزير ترتب على المضمون، وفرط الضامن في الإتيان به أو هرَّبه، فإنه يعاقب فقط، هذا هو المذهب.

ما يلتزم به الكفيل عند تعدد الكفلاء في كفالة المال:

إذا تعدد الكفلاء، فإن كفل كل واحد بعقد مستقل، طولب كل واحد منهم بالمكفول به، وأيهم أدى برىء الباقون والأصيل، وإن كفل الجميع بعقد واحد، طولب كل منهم بحصته من الدَّين بعد قسمته على عدد رؤوسهم، ما لم يتكفل كلّ واحد منهم عن أصحابه بما هو كفيل به، فإن فعلوا طولب كل واحد منهم بجميع الدَّين.

رجوع الكفيل على الأصيل في كفالة المال:

يرجع الضامن أو الكفيل على المدين بما أدّى عنه، إن كان من جنس الدَّين، وثبت الدفع منه للمدين ببينة أو إقرار الدائن، لأنه كالمسلف، يرجع بمثل ما أدى، فلو كان الدَّين خمسة أثواب، فأداها

الضامن أثواباً، فيرجع بمثلها لا بقيمتها، أي: إنه يرجع بمثل ما أدى إن كان الدَّين مثلياً.

وأما إن كان المؤدّى من غير جنس الدَّين، فإنه يرجع بالأقل من الدَّين وقيمة المقوَّم، فلو كان الدَّين خمس جرار أو خوابٍ، ودفع الضامن خمسة أثواب، فإنه يرجع بالأقل من الدَّين وقيمة الثياب.

وإذا أخّر الطالب المطلوب ، أي: الدائن المدين، كان ذلك تأخيراً للكفيل، وإذا أخر الطالب الكفيل، فهو تأخير للمدين (المديان) إلا أن يحلف أنه لم يُرد تأخيره.

ويجوز للكفيل أن يصالح الدائن بما جاز للمدين أن يصالحه به، فما جاز للغريم (المدين) أن يدفعه عوضاً عما عليه من الدَّين، جاز للضامن دفعه له، ومالا فلا يجوز، فيجوز الصلح بعد حلول الأجل عن دنانير جيدة بأدنى منها وعكسه وبأقل لا قبل حلول الأجل، منعاً من الرِّبا، فإن في المصالحة قبل الأجل بأدنى أو أقل: «ضع وتعجل». والمصالحة بأجود أو أكثر فيها سلف جر نفعاً. ولا يجور الصلح عن طعام قرض قبل حلول الأجل بأكثر منه، وكذا بعد حلول الأجل، لأن قضاء القرض بأكثر منه ممنوع مطلقاً، قبل الأجل أو بعده، ولا يجوزأيضاً الصلح عن طعام مسلم فيه بأدنى منه أو أجود قبل الأجل.

ولكن تستثنى حالتان: وهما الصلح عن دنانير حالّة بدراهم وعكسه، والصلح بعد الأجل عن طعام مسلم فيه بأدنى أو أجود، فإن ذلك يجوز للمدين الغريم، ولا يجوز للضامن لما فيه من تأخير الصرف في الصلح عن الدنانير الحالّة، وبيع طعام المعاوضة قبل قبضه.

البراءة من كفالة المال:

يبرأ الكفيل من كفالة المال بما يأتي:

1 ـ إذا أدّى الأصيل الدَّين فيبرأ الكفيل، وكذا إذا أدى الكفيل الدَّين فيبرأ الأصيل.

2 ـ إذا أبرأ الدائنُ الأصيلَ، فيبرأ الكفيل تبعاً له.

3 ـ إذا أحال المدين دائنه على آخر حوالة صحيحة، فيبرأ الكفيل، بسبب براءة المدين.

4 ـ إذا توفي الدائن، وانحصر ميراثه في المدين، فيبرأ الكفيل.

انتهاء كفالة الوجه:

تنتهي كفالة الوجه بموت المكفول، أو موت الكفيل ولا يقوم وارثه مقامه فيها، لأنه لم يلتزم، ولا تبطل بموت المكفول له، بل يكون لوارثه حق الطلب.

تعجيل الدَّين بموت الضامن أو المدين:

إذا مات الكفيل الضامن قبل الأجل، تعجل الدين بموته، ويؤخذ من تركته، إن كان له تركة. ويرجع وارث الكفيل على المدين الغريم بعد الأجل، أو بعد موت الغريم على تركته، إن ترك ما يؤخذ منه الدين، وإلا سقط. وكذلك لو مات المدين، فإن الحق يعجل أيضاً من تركته، فإن لم يترك شيئاً، فلا طلب على الكفيل حتى يحل الأجل، إذ لا يلزم من حلول الدَّين على المدين حلوله على الكفيل، لبقاء ذمته.

مبطلات الكفالة أو الضمان:

إذا كانت الكفالة فاسدة شرعاً، بأن كانت غير مستوفية للشروط، كانت غير معتد بها، أي: باطلة[1]، كما إذا كانت بجُعْل (عوض أو

(1) الفساد والبطلان مترادفان شرعاً، أي: بمعنى واحد، لكن المراد بالبطلان هنا: المعنى اللغوي: وهو عدم الاعتداد بالشيء، والمراد بالفساد: الفساد الشرعي وهو عدم استيفاء الشروط أو حصول المانع، أي: عدم موافقة الشرع.

مقابل) لأن شرط الكفالة أن تكون متبرعاً بها لله، وحينئذ لا يعتد بها شرعاً. وتبطل الكفالة بما يلي:

1 ـ إن كان الدَّين المتحمل به (المكفول به) فاسداً، كما لو كان ربا، مثل أن يقول شخص لآخر: ادفع لهذا ديناراً في دينارين لشهر، أو ادفع له دراهم في دنانير أو عكسه إلى شهر ، وأنا كفيل بذلك، فالكفالة باطلة ، ولا يلزم الكفيلَ شيء مطلقاً، ومثل: بيع سلعة بثمن مؤجل، لأجل مجهول، أو كان البيع وقت نداء الجمعة، ومثل ضمان جُعْل جُعِل لذي جاه على تخليص شيء بجاهه.

2 ـ إن فسدت الكفالة نفسها شرعاً، أي: حرمت، بأن اختل منها شرط أو حصل مانع، كالتزام جُعْل للكفيل من الدائن أو المدين أو من أجنبي، لأن المدين الغريم إن أدّى الدَّين لصاحبه (الدائن) كان الجُعْل باطلاً ، فهو من أكل أموال الناس بالباطل. وإن أدّى الكفيل الدَّين للدائن، ثم رجع به على الغريم (المدين) كان من قبيل السلف بزيادة، أي: كان دفعه الدَّين وأخذه سلفاً، والزيادة هي الجُعْل الذي أخذه، وهو ممنوع شرعاً، فيرد الجعل لصاحبه.

وإن كان الجُعْل من الدائن (ربّ الدين) للكفيل، سقطت الكفالة لفساد الجعل، لأنها بعوض.

وإن كان الجُعْل من أجنبي للكفيل، فسدت الكفالة، إذا علم الدائن (ربّ الدين) بذلك، فإن لم يعلم ردّ الجعل، ولزمت الكفالة، لأن الكفالة تبرع. أما إن كان الجُعْل من الدائن (ربّ الدَّين) أومن أجنبي للمدين، على أن يأتيه بكفيل (ضامن) فإنه جائز.

* * *

الفَصلُ السَّابِعُ

الحَوالَــــة

تعـريفهـا ومشـروعيتهـا، وأركـانهـا، وشـروطهـا، ونـوعـاهـا، وأحكامها[1].

تعريف الحوالة ومشروعيتها:

الحوالة: مأخوذة من التحول، وهو النقل من مكان إلى مكان آخر، واصطلاحاً: هي صرف دين (أي: نقله) عن ذمة المدين، بدين مماثل قدراً وصفة، إلى ذمة أخرى، تبرأ الذمة الأولى بسببها، كأن يكون لزيد عشرة دنانير على عمرو، ولعمرو عشرة على خالد، فيحيل عمرو زيداً بالعشرة التي له على خالد، ويبرأ عمرو مما عليه لزيد.

وبعبارة أخرى: هي عقد يقتضي نقل دين من ذمة إلى ذمة أخرى. ويسمى الناقل محيلاً، والدائن محالاً، والمنقول إليه محالاً عليه، والدَّين المنقول: محالاً به.

وهي مشروعة بقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: 2] وقوله سبحانه: ﴿وَافْعَلُوا الْخَيْرَ﴾ [الحج: 77] وبقوله ﷺ: «مطل

(1) الذخيرة 242/9 - 256، بداية المجتهد: 294/2 - 296، الشرح الصغير 423/3- 342، الشرح الكبير: 325/3-329.

الغني ظلم، وإذا أتبع أحدكم على مليء، فليتْبع»[1]. أي: فليحتل ويقبل الحوالة، وأجمع العلماء المسلمون على جوازها. وفيها مصلحة للمدين بعدم مطالبته في الحال، وللدائن بتحقق حاجته بأداء الدَّين له من المحال عليه.

أركانها خمسة وهي:

محيل: وهو من عليه الدَّين. ومحال: وهو من له الدين، ومحال عليه: وهو من عليه دين للمحيل مماثل للدين الأول، ومحال به: وهو الدَّين المماثل.

وصيغة: وهي الإيجاب والقبول بكل ما يدل على تحول الدَّين وانتقاله من ذمة إلى أخرى، ولو بإشارة أو كتابة.

نوعاها: الحوالة عند المالكية نوعان: إحالة قطع، وإحالة إذن.

أما الأولى فهي محل بحثنا، وهي لا تجوز إلا بشروط آتية.

وأما الثانية: فهي كالتوكيل على القبض، فيجوز بما حل وبما لم يحل، ولا تبرأ به ذمة المحيل حتى يقبض المحال من المحال عليه ماله، ويجوز للمحيل أن يعزل المحال في الإذن على القبض، ولا يجوز عزله في النوع الأول، وهذا يدخل في بحث الوكالة.

ويشترط في النوعين: رضا المحيل والمحال، ولا يشترط رضا

---

(1) رواه أحمد وأصحاب الكتب الستة، وابن أبي شيبة والطبراني في معجمه الوسط عن أبي هريرة. ولفظ البيهقي وأحمد: «فليحتل» ولفظ الطبراني «ومن أحيل على مليء فليتبع» ورواه سفيان: «وإذا أحيل أحدكم على غني فليحتل». وقوله: «فليتبع» الأكثر على التخفيف، وقيده بعضهم بالتشديد، والأول أجود، كما ذكر الشوكاني.

المحال عليه خلافاً لداود الظاهري، ولا يلزم المحال قبول الإحالة، خلافاً لدواد أيضاً.

شروطها: تشترط شروط في العاقدين والمحال عليه، وفي الدَّين المحال به.

أما شروط العاقدين: المحيل والمحال، فهي ثلاثة وهي ما يأتي:

1 ـ الرِّضا: يشترط رضا المحيل والمحال فقط بالحوالة، ولا يشترط رضا المحال عليه، وإنما يشترط حضوره وإقراره، على الأرجح. وإنما اشترط رضا المحيل، لأن الحوالة إبطال حق له كالبيع. واشتراط رضا المحا ل، لأنه ترتب له حق، فهو كالمشتري أو كالوكيل.

2 ـ التكليف (البلوغ والعقل): فتكون الحوالة على الصبي المميز وإحالته موقوفة على إجازة وليه. ولا تنفذ إجازته إلا إذا كان المحال عليه أيسر من المدين، إذا كان المحال صبياً، لتتحقق مصلحته.

3 ـ مديونية المحيل للمحال: بأن يكون المحيل مديناً للمحال، وإلا لم تتحقق الحوالة، وكانت كفالة أوحمالة، وإن وقعت بلفظ الحوالة.

وأما شروط المحال عليه فهي ما يأتي:

1 ـ أن يكون من أهل التبرع: لأن أداءه الدَّين عن المدين يعد تبرعاً.

2 ـ أن يكون حاضراً، مقراً بالدَّين.

وأما شروط الدَّين المحال به فهي ما يأتي:

1 ـ أن يكون معلوماً: فلا تصح الحوالة بالدَّين المجهول.

2 ـ وأن يكون ثابتاً للمحيل على المحال عليه، لازماً: فلا تصح الحوالة على صبي أو سفيه، بغير إذن ولي، ولا على ثمن سلعة مبيعة

في مدة الخيار قبل لزومه، وثبوت الدَّين للمحيل على المحال عليه، حتى تكون حوالة لا كفالة.

3 ـ الذاتية: أن يكون الدَّين ثابتاً أيضاً للمحال على المحيل.

4 ـ أن يكون الدَّين المحال به حالاً: أي: قد حلّ أجله . ولا يجوز بما لم يحل، لأنه بيع دين بدين. ولا يشترط حلول الدين المحال عليه.

5 ـ أن يتساوى الدينان: المحال به والمحال عليه، قدراً وصفة، فلا تصح حوالة بعشرة على أكثر منها أو أقل، لأنه يخرج عن الإحالة إلى البيع، وبيع الدين بالدَّين لغير المدين ممنوع، إلا بشروط ثمانية تبعده عن الغرر والرِّبا وأيّ محظور آخر كبيع الطعام قبل قبضه.

6 ـ ألا يكون الدينان طعامين من بيع، لئلا يلزم بيع الطعام قبل قبضه. فإن كان أحدهما من بيع والآخر من قرض، جاز إذا حل المحال به عند الأصحاب.

أحكامها:

يترتب على الحوالة الصحيحة المستوفية أركانها وشروطها لزومها بمجرد العقد ، ويترتب على اللزوم ما يأتي:

1 ـ براءة المحيل: إذا وقعت الإحالة برئت بها ذمة المحيل من الدَّين الذي كان عليه للمحال، وانتقل إلى طلب المحال عليه، وهذا مذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة، خلافاً لأبي حنيفة، فليس للمحال الرجوع على المحيل إن أفلس المحال عليه أو مات أو جحد (أنكر) الحق الذي عليه بعد الحوالة، إلا أن يكون المحيل قد غرّ المحال، لكونه يعلم فلس المحال أو بطلان حقه قبله، ولم يعلم المحال بذلك فله حينئذ الرجوع عليه، لأنه قد غره. وهذا أيضاً رأي الصاحبين من الحنفية.

فلو ادعى المحال علم المحيل بذلك، حلف المحيل على نفي

العلم، فإن لم يحلف رجع عليه، والقول أيضاً للمحيل بيمينه إذا تنازع المحيل عليه بعد موت المحال والمحال عليه أو غيبته غيبة انقطاع، فقال المحال: أحلتني على غير دين، وقال المحيل: بل أحلتك على دين لي في ذمة المحال عليه، والقول للمحيل بيمينه إذا ادعى توكيل المحال بالقبض فقط، لا حوالة، أو ليأخذ سلفاً من المحال عليه في ذمة المحال لا حوالة عن دين، ونازعه المحال في الحالتين.

2 ـ انتقال الدَّين بصفته: يترتب على الحوالة أيضاً انتقال الدَّين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه بالصفة التي هو عليها، حلولاً وتأجيلاً، فإن كان حالاً انتقل حالاً، وإن كان مؤجلاً أو مقسطاً انتقل بهذه الصفة.

براءة المحال عليه: يبرأ المحال عليه بما يأتي:

1 ـ أداء الدَّين إلى المحال.

2 ـ إبراء المحال المحال عليه من الدَّين.

3 ـ إحالة المحال عليه المحال حوالة صحيحة.

4 ـ هبة الدَّين من المحال للمحال عليه.

5 ـ موت المحال، ولا وارث له غير المحال عليه، وهذ يسمى اتحاد الذمة.

* * *

الفَصلُ الثَّامِنُ
الصُّلح

تعريفه ومشروعيته، وأركانه، وشروطه، وأقسامه، وأحكامه[1].

تعريف الصلح ومشروعيته:

الصلح لغة: قطع النزاع، وشرعاً كما عرفه ابن عرفة: انتقال عن حق، أو دعوى بعوض لرفع نزاع، أو خوف وقوعه. فهو عقد وضع لرفع المنازعة بين الخصوم بتراضيهما.

وهو لازم من الجانبين، متى استوفى أركانه وشروطه.

والإصلاح بين الناس مندوب، لقوله تعالى: ﴿ لَّا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ ﴾ [النساء: 114] وقوله سبحانه: ﴿ وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا ﴾ [الحجرات: 9] وقوله عز وجل: ﴿ وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾ [النساء: 128].

وقوله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً، أو حرم حلالاً»[2].

مثال الأول: الصلح على شرب الخمر أو الفجور، ومثال الثاني: وكما

---

(1) الذخيرة 336/5 - 370، بداية المجتهد: 289/2- 290، الشرح الصغير 405/3 - 422، الشرح الكبير: 309/3-325.

(2) رواه ابن حبّان وصححه، وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

لو طالبه بدين، فاصطلح معه على صرف مؤخر، أو على ما فيه فسخ دين في دين، أو على بيع طعام قبل قبضه. ومثال الثاني الذي يحرم الحلال: أن يشترط عليه ألا يطأ زوجته أو نحو ذلك.

وأجمع العلماء على مشروعية الصلح ،لأنه يزيل أسباب الخصام والبغضاء، ويحل الوفاق محل الخلاف.

ولابأس أن يشير الحاكم بالصلح على الخصوم، ولا يجبرهم عليه، ولا يلح فيه إلحاحاً يشبه الإلزام، وإنما يندبهم إلى الصلح، ما لم يتبين له أن الحق لأحدهما، فإن تبين له أنفذ الحكم لصاحب الحق.

وصفة الصلح: أنه على ثلاثة أقسام: بيع، وإجارة، وهبة، لأن المصالح عنه: وهو الحق المطلوب إن كان ذاتاً فهو بيع، وإن كان منفعة فهو إجارة، وإن كان ببعض الحق المدعى به فهو هبة. وهذه الأقسام تجري في الصلح عن إقرار، وعن إنكار، وعن سكوت.

أقسام الصلح:

للصلح أقسام، فهو بحسب العوض قسمان: صلح إسقاط وإبراء، وهو جائز مطلقاً، وصلح على عوض من غير المدعى به، وهذا جائز إلا إن أدى إلى حرام، وحكمه: حكم البيع سواء كان في عين أو دين، فإن أدى إلى الحرام فهو حرام. عملاً بالحديث السابق: «الصلح جائز بين المسلمين..» وعلى هذا يقدر المدعى به والمقبوض عن الصلح كالعوضين فيما يجوز ويمتنع، ومن الممنوع: الجهالة والغرر، والربا، والوضع على التعجيل ونحو ذلك.

ويجوز الصلح على الذهب بالفضة، وعلى الفضة بالذهب، بشرط حلول الجميع، وتعجيل القبض.

والصلح في الأموال قسمان: أحدهما- أن يجري بين المدعي والمدعى عليه.

والثاني ـ أن يجري بين المدعي والأجنبي، أي: الشخص الآخر غير المدعى عليه.

وكل واحد من هذين القسمين أنواع ثلاثة، وهي جائزة نظراً للصلح من حيث هو:

1 ـ الصلح مع أو عن أو على إقرار المدعى عليه: وهو أن يدّعي إنسان على آخر شيئاً فيقر به المدعى عليه، ثم يصالح المدعى عليه على شيء آخر غير المدعى به كدار، أو على منفعة لغير العين المدعاة، كخدمة في مكان مدة معينة، أو سكنى دار، أوعلى بعض العين المدعاة، كربع الدار. وهو جائز بالاتفاق لأنه معاوضة مالية بين المتصالحين، أو استيفاء لبعض الحق، وترك البعض الآخر.

2 ـ الصلح مع أو عن إنكار المدعى عليه: وهو أن يكون للمدعي حق لا يعلمه المدعى عليه، كأن يدعي إنسان على آخر شيئاً، فينكره المدعى عليه، ثم يصالح عنه ببعض الحق المدعى به، وهذا هو الغالب في منازعات الناس، وهو جائز عند الجمهور خلافاً للشافعية وابن أبي ليلى، كان يدعي عليه داراً، فينكر المدعى عليه استحقاقها، ثم تصالحا عن الدعوى بمال،إما ثوب أو دين، وإما بعض الحق كنصف الدار، افتداء ليمين المدعى عليه ، وإنهاء للخصومة. ودليل جوازه: عموم قوله تعالى: ﴿وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞ﴾ [النساء: 128] وعموم حديث «الصلح جائز بين المسلمين..»

فيكون هذا: بأن يصالح من وجبت عليه اليمين، على أن يفتدي منها، ويحل لمن بذل له شيء في الصلح أن يأخذه إن علم أنه مطالب بالحق، فإن علم أنه مطالب بالباطل، لم يجز له أخذه، ويعد هذا من ناحية المدعى عليه قطعاً للنزاع، وافتداء لليمين من ناحية المدعي يعتبر استيفاء لبعض الحق وترك البعض الآخر.

3 ـ الصلح مع سكوت المدعى عليه: وهو ألا يقر المدعى عليه

بالحق ولا ينكره، كأن يدعي إنسان على آخر شيئاً، فيسكت من غير إقرار ولا إنكار، ثم يصالح عنه على شيء يتفقان عليه، وهو جائز عند الجمهور ومنهم ابن أبي ليلى، خلافاً للشافعية، الذين قالوا: إن الساكت منكر حكماً، فيعامل معاملة المنكر، ويكون المدعي في حال الإنكار والسكوت إما كاذباً في ادعائه، فيستحل من المدعى عليه ماله، وهو حرام عليه، وإما صادقاً في ادعائه، فيعاوض على ما لم يثبت له، فلم تصح المعاوضة. والمجيزون احتجوا بعموم الآية والحديث السابقين.

أركانه: للصلح أركان خمسة، وهي:

المصالِح: وهو المدعي المطالب بأداء الحق، والمصالَح: وهو المطالَب بأداء الحق، وهو المدعى عليه، والمصالح عنه: وهو الحق المطلوب، والمصالح عليه. وهو بدل الصلح أو عوضه الذي يُعطَى للمدعي المطالب بالحق.

والصيغة: وهي الإيجاب والقبول بين الطرفين، بما يدل على الصلح، مثل: صالحتك من الدار على نصفها، أو صالحتك على الألف الذي لي عليك بخمسمائة.

شروطه: يشترط في العاقدين والمعقود عليه (المصالح عنه) وفي بدل الصلح شروط:

أما ما يشترط في العاقدين (المصالِح والمصالَح): فهو أن يكون كل منهما أهلاً لمباشرة العقد الذي لم يتم الصلح عليه، فإذا كان الصلح من طريق البيع، اشترط في العاقدين ما يشترط في عاقدي البيع، وإن كان صلحها إجارة، اشترط في العاقدين ما يشترط في المؤجر والمستأجر، وإن كان صلحهما هبة، اشترط في العاقدين ما يشترط في الواهب والموهوب له.

وأما ما يشترط في المصالح عنه (الحق المطلوب) فهو ما يأتي:

1 ـ أن يكون حقاً لمدعيه: فإذا كان حقاً لغيره كنسب يدعيه لولد، فلا يجوز الصلح عليه، لأنه حق لغيره وهو الصغير، ولا يمكنه إسقاطه، وكذلك لا يجوز الصلح على حق الله تعالى، كحد القذف وحد السرقة.

2 ـ أن يكون حقاً ثابتاً متقرراً في محله: فلا تصح المصالحة عن حق الشفعة، ولا عن خيار الشرط، لأن كلاً منهما ليس حقاً متقرراً في محله، وهو البيع. ويصح الصلح عن حق القصاص، لأنه متقرر في محله، لأنه يصير به المحل: وهو نفس القاتل مملوكاً لولي المقتول، في حق الاستيفاء منه.

وأما ما يشترط في بدل الصلح فهو مايأتي:

1 ـ أن يكون مملوكاً للمصالح: فإذا كان غير مملوك له، توقف الصلح على إجازة المالك له.

2 ـ أن يكون معلوماً: لأن الصلح إما بيع أو إجارة أو إبراء، وجهالة العوض تضر في الجميع. وهذا إذا احتيج إلى تسليمه، فإن لم يحتج للتسليم، لم يشترط كونه معلوماً، كأن يدعي أحد المتصالحين على الآخر حقاً، ثم تصالحا على أن يترك كل منهما حقه، فذلك جائز وإن لم يبين كل منهما مقدار ما يدعيه.

أحكام الصلح: إذا تم الصلح بأركانه وشروطه، كان لازماً، فلا يملك أحد المتصالحين الانفراد بفسخه، ويترتب عليه: تملُّك المدعي بدل الصلح، وسقوط دعواه، فلا يقبل منه الادعاء بالحق مرة أخرى .

ـ ولا يملك المدعى عليه استرداد بدل الصلح منه.

ـ وإذا توفي أحد المتصالحين، فلا ينفسخ عقد الصلح.

ـ ومن ادعى على إنسان حقاً ، فأنكره، فصالحه، ثم ثبت الحق بعد

الصلح باعتراف أو بينة، فله الرجوع في الصلح، إلا إن كان عالماً بالبينة، وهي حاضرة، ولم يقدمها، فالصلح له لازم.

وإذا كان أحد المتصالحين قد أشهد قبل الصلح إشهاد تقية: أن صلحه إنما هو لما يتوقعه من إنكار صاحبه أو غير ذلك، فإن الصلح لا يلزمه إلا إذا ثبت أصل حقه.

- الوضيعة في الصلح لازمة، لأن ذمة الغريم برئت من الباقي.

- الافتداء من اليمين بالمال جائز، ويحر م أخذه على المبطل.

قاعدة: الوعد غير لازم إلا أن يدخل الموعود في خطر أو يترتب عليه تعليق، فيلزم نفياً للضرر الوفاء بالشرط. مثل إن عجلت حقي اليوم أو إلى شهر ، فلك وضيعة كذا، فعجل إلا درهماً، أو بعد الوقت اليسير ، لزمت القائل الوضيعة، لأن ما قارب الشيء له حكمه.

ولا يلزم الوعد مطلقاً، وإلا لأدّى ذلك لحَسْم مادة الوعد بالمعروف، وقول النبي ﷺ: «عدة الكريم دين»[1] خبر معناه: الندب، أي: ليكون الواعد المؤمن الكريم موفياً بالوعد، كما يوفي بالدَّين، ويدل على الندبية كونه عليه السَّلام قرنه وخصصه بالإيمان، أو بالكرم الحاث على مكارم الأخلاق، والوجوب لا يختص.

* * *

(1) رواه الديلمي في مسند الفردوس عن عليٍّ بلفظ «عدة المؤمن دين» ورواه القضاعي في مسند الشهاب، والطبراني في الصغير والأوسط، وهو ضعيف.

الفَصلُ التَّاسِعُ
الشَّرِكَة

تعريفها ومشروعيتها، أقسامها وأنواعها، تعريف كل نوع وأحكامه وشروطه، وصفة يد الشريك، مبطلات الشركة، شركة الحيوان.

تعريف الشَّركة:

الشَّرِكة لغة: هي الاختلاط، أي: خلط أحد المالين بالآخر بحيث لا يمتازان عن بعضهما، ثم أطلقت على العقد الخاص بها وإن لم يختلط النصيبان عند الجمهور؛ لأن العقد سبب الخلط.

واصطلاحاً: هي عند الحنفية عقد بين المتشاركين للاشتراك في رأس المال والربح[1]. وعرّفها المالكية بقولهم: عقد مالكي مالين فأكثر على الاتجار فيهما معاً[2]، أي: الاتجار في المالين، بحيث يتاجر كلّ من الشريكين في المالين مع صاحبه، ولو كان كلّ واحد في مكان منعزل عن الآخر؛ لأن ما يحصل من ربح أو خسارة يكون بينهما، وخرج بذلك الوكالة والقراض (المضاربة) من الجانبين[3]؛ إذ كلّ واحد منهما يتصرف فيما بيده للآخر على نحو مستقل، أما الشركة فإن العقد

(1) رد المحتار 364/3.

(2) الشرح الصغير 455/3 وما بعدها.

(3) أي في كل من الوكالة والقراض، بأن جعل كل واحد من العاقدين الآخر وكيلاً عنه أو عاملاً مضارباً.

وقع فيها على أن كلّ واحد يتصرف فيما بيده له ولصاحبه معاً. وهذا تعريف شركة الأموال.

وذكر المالكية تعريفاً آخر للشركة: بأنها إذن في التصرف لهما مع أنفسهما[1]. أي: أن يأذن كلّ واحد من الشريكين لصاحبه في أن يتصرف في مال لهما، مع إبقاء حق التصرف لكل منهما.

ومفاد هذين التعريفين عند المالكية واحد، وهو ثبوت الحق في الشيء الواحد، لشخصين فأكثر، على وجه الشيوع. والتعريف الأفضل: هي عقد بين شخصين فأكثر على الاتجار في ماليهما معاً، أو على عمل بينهما.

مشروعية الشَّركة:

الشَّركة مشروعة بالقرآن والسُّنة والإجماع: أما القرآن: ففيه قوله تعالى في الميراث: ﴿فَهُمْ شُرَكَآءُ فِي ٱلثُّلُثِۚ﴾ [النساء: 12] وجاءت الإشارة إلى الشركة في قوله سبحانه على لسان داود عليه السلام: ﴿وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ ٱلْخُلَطَآءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ إِلَّا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَعَمِلُوا۟ ٱلصَّٰلِحَٰتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْۗ﴾ [ص: 24] والخلطاء: هم الشركاء.

وأما السُّنة: فيقول الرسول ﷺ فيما أخرجه أبو داود والحاكم عن أبي هريرة مرفوعاً: إن الله عز وجل يقول: (أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه، فإذا خانه خرجت من بينهما)[2].

وأخرج أبو داود، وابن ماجه عن السائب بن أبي السائب أنه قال

---

(1) الشرح الكبير 384/3.

(2) أي إن الله مع الشريكين في الحفظ والمعونة ومباركة التجارة إذا لم تكن خيانة بينهما، فإذا وقعت الخيانة نزعت البركة من المال.

للنّبي ﷺ: «كنت شريكي في الجاهلية، فكنت خير شريك، لا تُداريني ولا تماريني»[1].

وبُعث النّبي ﷺ والناس يتعاملون بالشَّرِكة، فأقرهم عليها.

وأما الإجماع: فأجمع العلماء على جواز الشَّرِكة.

أقسام الشَّركة:

الشَّرِكة قسمان: شركة أملاك، وشركة عقود. وشركة الأملاك: هي أن يتملك شخصان فأكثر عيناً من غير عقد شركة، وهي إما اختيارية، وإما جبرية.

فالاختيارية: هي التي تنشأ بفعل الشريكين، كشرائهما شيئاً أو الهبة لهما أو الوصية لهما بشيء، فيقبلان، ويصير الشيء المشترى والموهوب والموصى به مشتركاً بينهما شركة ملك، من غير عقد شركة.

والجبرية: هي التي تثبت لشخصين فأكثر بغير فعلهما، كما في الميراث، بأن يرث اثنان فأكثر شيئاً، فيكون الموروث مشتركاً بينهما شركة ملك، من غير اختيار وطواعية.

وحكم هذين النوعين: أن كلّ شريك أجنبي عن نصيب صاحبه، فلا يجوز له التصرف بغير إذنه؛ لأنه لا ولاية لأحدهما في نصيب الآخر[2].

وشركة العقود: هي أن يعقد اثنان فأكثر عقداً على الاشتراك في مال وربحه. وكلامنا في مجال العقود مقصور على هذا النوع من الشركات، ولا مجال هنا لبحث شركات الأملاك بأكثر من الإشارة إلى تعريفها.

ويلاحظ أن المالكية أجازوا كل الشركات ما عدا شركة الوجوه وما عدا شركة المفاوضة بالمعنى المذكور عندالحنفية، وأجاز الحنفية جميع

---

(1) أي: لا تمانعني ولا تحاورني.

(2) البدائع 65/6.

هذه الشركات، وأباح الحنابلة كلّ الشركات ما عدا شركة المفاوضة، وأبطل الشافعية كل الشركات ما عدا شركة العنان.

أركان شركة العقود:

أركان الشَّركة عند الجمهور غير الحنفية ثلاثة: عاقدان وصيغة ومعقود عليه: وهو المال والأعمال. والصيغة: كل مايحصل به الإذن والرضا من الجانبين على الاشتراك في المال، سواء بالقول أو بالسكوت أو بالإشارة أو بالكتابة.

وللشركة كأيّ عقد آخر ركن واحد عند الحنفية: وهو الإيجاب والقبول، مثل قول شخص لآخر: شاركتك في كذا، وقول الآخر: قبلت.

أنواع شركات العقود:

شركة العقود نوعان: شركة أموال، وشركة أعمال أو أبدان. وشركة الأموال في رأي المالكية أربعة أنواع: شركة عنان، وشركة مفاوضة، وشركة عمل، وشركة جبر، ويضاف إليها نوعان آخران وهما شركة الذمم (الوجوه) وشركة المضاربة (أوالقراض) فتكون الشَّركة ستة أنواع[1]

وأبيّن تعريف كلّ شركة وشروط صحتها وأحكامها.

النوع الأول ـ شركة الأموال:

تعريفها: هي عقد بين مالكي مالين فأكثر على أن يتجر كلّ منهما في المالين مع صاحبه، ويكون الربح بينهما على حسب ما اتفقا عليه:

شروط صحتها: يشترط لصحة هذه الشَّركة مايأتي[2]:

---

(1) الشرح الكبير 351/3.

(2) مواهب الجليل 118/5 وما بعدها، 122، الشرح الكبير 348/3 وما بعدها، الشرح الصغير 457/3 وما بعدها.

1 ـ **الأهلية**: تصح هذه الشَّركة من كلِّ شخص أهل للتوكيل والتوكل، وهو الحر البالغ الرشيد؛ لأن كلّ شريك وكيل عن صاحبه وموكل لصاحبه. فلا تصح بين الرقيق، والصبيان، والمحجور عليهم، لكن تجوز شركة العبيد إذا أذن لهم في التجارة، وعليه: من جاز له أن يوكل غيره ويتوكل لغيره، جاز له أن يشارك غيره، ومن لا يجوز له ذلك، فلا يجوز له أن يشارك.

وإذا كان الذمي لا يصح توكيله، وهو المقرر عند المالكية، فلا ينبغي للحافظ لدينه أن يشارك إلا أهل الدِّين والأمانة وتوقي الخيانة والرِّبا والتخليط في التجارة، ولا يشارك يهودياً، ولا نصرانياً، ولا مسلماً فاجراً إلا أن يكون هو الذي يتولى البيع والشراء، ويكون للآخر العمل.

2 ـ **الصيغة**: تنعقد هذه الشركة بالصيغة الدالة على الإذن بالتصرف، ومايقوم مقامها من كلِّ مايدل على الشركة عُرفاً، من قول أو فعل أو إشارة أو كتابة، كسائر العقود والمعاوضات[1]، كأن يقول كل من الشريكين: اشتركنا، أو يقول ذلك أحدهما ويسكت الآخر راضياً به، أو يقول: شاركني ويرضى الآخر، ولا يحتاج الانعقاد لخلط المالين في رأي الجمهور غير الشافعية، لأن معنى الشِّركة يتحقق بالعقد، لا بالمال، ومورد العقد هو العمل، والربح نتيجته، والمال تبع، واشترط الشافعية خلط المالين، لتحقيق معنى الشِّركة، وهو الاختلاط.

3 ـ **المعقود عليه**: أن يكون المالان فأكثر من الذهب والفضة (الدنانير والدراهم) أو النقود المتداولة بشرط اتحادهما في الصرف،

---

(1) جاء في التقنين المالكي في الأزهر (م264): «تنعقد الشركة بما يدل عليها عرفاً، وتلزم بمجرد العقد».

والوزن، والجودة، والرداءة، فلا تصح بذهب من جانب وفضة من الجانب الآخر، وتصح بالعروض التجارية بالقيمة يوم العقد، سواء من الجانبين، أو بعروض من جانب ونقود من جانب آخر. ولا يصح بالعروض من عقار أو منقول عند الحنفية والشافعية والحنابلة، بسبب جهالة القيمة.

4 ـ الربح: أن يكون الربح معلوم القدر، وجزءاً شائعاً، فلا تصح إذا كان الربح مجهولاً، لأن جهالته تفضي إلى المنازعة، فتؤدي إلى فساد العقد، ولا تصح إذا كان الربح جزءاً مقطوعاً غير شائع لأحد العاقدين، إذ قد لا تربح الشركة إلا ذلك القدر المعين لأحد الشريكين. وتصح الشركة إذا عُيّن الربح أو بنسبة معلومة، كالربع، أو الثلث، أو النصف.

ويشترط في شركة الأموال: أن يكون الربح بين الشريكين على حسب نصيب كل واحد منهما من المال، ولا يجوز أن يشترط أحدهما من الربح أكثر من نصيبه من المال، وهذا عند المالكية خلافاً للحنفية.

أحكام شركة الأموال:

المذهب المعتمد لدى المالكية[1]: أن الشَّركة عقد لازم يتم بالعقد، ولا يتوقف لزومها على الشروع فيها بالتصرف والعمل، فلا يجوز لأحد الشركاء فسخها بعد الانعقاد. ويرى الجمهور وبقية المذاهب: أن عقد الشركة من العقود الجائزة غير اللازمة، فلكل شريك أن ينفصل متى شاء. ويفسخ العقد، بشرط علم الشريك الآخر؛ لأن الفسخ من غير علم الشريك إضرار به، والضرر ممنوع شرعاً[2].

---

(1) مواهب الجليل والتاج والإكليل 122/5، الخرشي 39/6 الشرح الكبير والدسوقي 348/3، بداية المجتهد 253/2.

(2) البدائع 77/6، المهذب 348/1، مغني المحتاج 215/2، المغني 21/5.

ولا يشترط عند الجمهور غير الشافعية خلط أموال الشَّركة ولا تسليمها، كما بينا، فإذا تصرف أحد الشركاء في حصته بعد تمام الشركة بالعقد عند المالكية، كان تصرفه لحساب الشَّركة، بناء على التعاقد الذي صار به وكيلاً عنهم، وإذا حصل ربح، كان بينهم على حسب المتفق عليه لكلٍّ منهم، كما أن الخسارة تقسم عليهم بحسب الاتفاق[1]. وهذا هو المعمول به قانوناً.

ولا تعتبر الشَّركة قائمة عند الشافعية إلا بعد خلط المالين، بحيث لا يتميز أحدهما عن الآخر، فإذا تصرف أحد الشركاء بماله قبل الخلط، وربح أو خسر، كان الربح له، والخسارة عليه، ولا يستفيد بقية الشركاء من الربح، ولا يتحملون شيئاً من الخسارة[2].

ويتقيد كل شريك بالتصرف بأموال الشركة أو بما اتفق عليه الشركاء في عقد الشَّركة، ولا يخالفهم في شيء إلا برضاهم؛ لأنه وكيل عنهم فإن خالف كان التصرف له خاصة، ولا ينفذ على الشركاء.

أنواع شركة الأموال:

تنقسم شركة الأموال إلى أربعة أنواع:

1 ـ **شركة المفاوضة**: وهي عند المالكية: أن يكون كلّ شريك مطلق التصرف في رأس المال استقلالاً بالبيع والشراء، والأخذ والعطاء، دون توقف على إذن الشريك الآخر[3]. أو هي أن يفوض كل واحد من الشريكين للآخر التصرف في أعمال الشركة.

---

(1) الخرشي 41/6، حاشية الدسوقي 348/3، فتح القدير 24/5، غاية المنتهى 162/2.

(2) مغني المحتاج 213/2، المهذب 345/1.

(3) الشرح الصغير 464/3، القوانين الفقهية: ص 283، الشرح الكبير 351/3 وما بعدها.

وسميت مفاوضة: من تفاوَضَ الرجلان في الحديث: إذا شرعا فيه، ولأن كل واحد من الشركاء فوض لصاحبه التصرف، فإن لم يقيد التصرف بنوع معين تسمى مفاوضة عامة، وإن خصت بنوع سميت مفاوضة خاصة، أي: بالنوع الذي أطلق التصرف فيه.

وحكمها: أن كلّ شريك يكون وكيلاً عن الشركاء الآخرين، وكفيلاً عنهم بجميع شؤون الشركة. ويجب أن يكون العمل بين الشركاء بقدر ما لكلٌ منهم من رأس المال، وأن يكون الربح و الخسارة بقدره أيضاً، وتفسد بشرط التفاوت في ذلك. وإذا أخذ أحد الشريكين مالاً من أجنبي ليعمل فيه قراضاً (مضاربة) فالربح له، والخسارة عليه دون شريكه[1].

وإذا اتجر أحد الشريكين في وديعة عنده أو عندهما تعدياً، فالربح له والخسارة عليه، إلا أن يعلم شريكه بتعديه، ويرضى بالتجارة فيها، فيكون الربح بينهما، والخسارة عليهما[2].

وإذا ادعى أحد الشريكين تلفاً أو خسارة فيما بيده من مال الشركة، وكذبه الآخر، فالقول لمن ادعى التلف أو الخسارة بيمينه؛ لأنه أمين على ما بيده، فيصدق في دعواه ما ذكر بيمينه، إلا أن يظهر كذبه بالبينة أو القرائن، فيضمن التلف أو الخسارة.

والمراد بالتلف: ما نشأ قضاء وقدراً بأمر سماوي أو لص، والخسارة: ما نشأ عن العمل كبيع ونحوه. ومثال ظهور كذبه: أن يدعي التلف، وهو في رفقة لا يخفى عليهم تلف ما ادعى تلفه، وقالوا: لم نعلم به، أو يدعي الخسارة في سلعة مرغوب فيها وسعرها مشهور[3].

ولكلِّ شريك التبرع من مال الشَّركة بغير إذن شريكه إن استألف له

---

(1) الشرح الكبير 354/3، التقنين المالكي (م271).

(2) الشرح الكبير 355/3، التقنين المالكي (م272).

(3) الشرح الكبير 356/3، التقنين المالكي (م275)

قلوب الناس للتجارة أو كان قليلاً لا يضر بمال الشَّركة. وله أن يشارك في شيء معين، ويقبل المعيب، ويقر بدين لمن لا يُتّهم عليه[1]، ويقارض (يضارب)[2] ويودع لعذر اقتضى الإيداع، وله أن يُبضع من مال الشَّركة[3]؛ لأن الإبضاع من عادة التجار، ولأنه طريق للربح. وله أن يشارك في شيء معين أجنبياً حيث لا تجول يده في مال الشَّركة. وله أن يبيع سلعة من مال الشركة بدين، أي: بثمن لأجل معلوم، ولا يجوز له الشراء بالدَّين، لأنه إذا اشترى بدين في ذمته للشركة من غير إذن شريكه، لم يكن لصاحبه شيء من الربح، ولا عليه شيء من الخسارة، وتكون شركة ذمم[4] وهي ممنوعة، فإن فعل، خيّر شريكه بين القبول والرد.

والخلاصة: أنه يجوزالبيع لا الشراء لأجل معلوم.

والمفاوضة: لا تصح عند الحنفية إلا إذا كان الشركاء متساوين في رأس المال والتصرف والدَّين (أي: الملة) والربح، فإذا تحققت المساواة الكاملة انعقدت الشركة. ويكاد أن يكون تحقيق ذلك عسيراً، مما يجعل هذه الشَّركة بهذه الأوصاف نادرة التحقق.

ولم يجز الشافعية، والحنابلة شركة المفاوضة بهذا المعنى، وقالوا بفسادها؛ لأن تحقق المساواة فيها أمر عسير، وتشتمل على غرر كثير وجهالة. وأما بالمعنى الذي ذكره المالكية فهي تعد عند غيرهم من

---

(1) أما من يتهم عليه كابن وزوجة وصديق، فلا يلزم الشريك الآخر بالإقرار.

(2) بأن يعطي مالاً لغيره قراضاً (مضاربة) حيث اتسع المال، وإلا منع.

(3) الإبضاع: أن يدفع شيئاً من مال الشركة ليشتري له بضاعة من بلد كذا، دون عوض، وعكسه الاستجار: وهو استعمال شخص في المال بعوض.

(4) شركة الذمم الممنوعة عند المالكية: أن يتفق اثنان مثلاً على أن كل من اشترى منهما سلعة بدين يكون الآخر شريكاً له فيها، وهي شركة الوجوه (الشرح الصغير 467/3).

شركة العنان، وتكون جائزة لا خلاف فيها.

2 ـ **شركة العنان:** هي أن يشترط في عقد الشركة توقف تصرف كلّ واحد على إذن الآخر. أو هي أن يجعل كلّ واحد من الشريكين مالاً ثم يخلطاه أو يجعلاه في صندوق واحد، ويتجرا به معاً، ولا يستبد أحدهما بالتصرف دون الآخر[1]. أو هي أن يشترط كل من الشريكين على الآخر عدم استقلاله بعمل من أعمال الشركة.

وسميت عناناً إما لظهورها، فهي مأخوذة من «عنّ الشيء» إذا ظهر، وإما للإذن بالتصرف فيها، فهي مأخوذة من عِنان الدابة: وهو ما تقاد به، كأن كلّ واحد أخذ بعنان صاحبه؛ لأن كلّ شريك أعطى عنان التصرف في المال لشريكه.

وهي جائزة باتفاق المذاهب:

ويشترط لصحتها عند المالكية والشافعية: أن يكون الربح والخسران على قدر المالين، أي: نسبتهما؛ لأن الربح نماء مالهما، والخسران نقصان مالهما، فكانا على قدر المالين، أي: إن الربح يشبه الخسران.

وبما أن الشركة عند المالكية تنشأ بمجرد العقد، ويصير به رأس المال مشتركاً بين الشركاء، فإذا هلك أحد المالين قبل الخلط أو قبل التصرف، يهلك على حساب الشركاء.

وإذا تصرف أحد الشريكين في مال شركة العنان بدون إذن صاحبه فلشريكه رد تصرفه، وإذا ضاع ما تصرف فيه بدون إذن، كان عليه ضمانه.

3 ـ **شركة الوجوه أو شركة الذمم:** هي أن يشترك اثنان على غير مال ولا عمل، بأن يتفق اثنان فأكثر ممن ليس لديهم رأس مال، على أن

---

(1) القوانين الفقهية: ص 283، الشرح الكبير 359/3، الشرح الصغير 471/3.

يشتروا شيئاً بدين في ذمتهم، ويكون كلّ واحد كفيلاً عن الآخر، وشريكاً له فيما يشتريه، ثم يبيعون ما يشترونه على أن يكون الربح من هذه التجارة مقتسماً بينهم، أي: إنهم يشترون في الذمم بالنسيئة (لأجل) ويبيعون بالنقد.

وسميت شركة وجوه؛ لأنها تعتمد على ما للشركاء من وجاهة ومنزلة بين الناس بسبب حسن المعاملة. وسميت شركة ذمم؛ لأن الشراء يكون بدين في الذمة.

وهي جائزة عند الحنفية والحنابلة؛ لأنها شركة عقد تتضمن توكيل كل شريك صاحبه في البيع والشراء، والتوكيل بذلك صحيح، فتصح الشَّركة، وقد تعامل بها الناس في مختلف الأعصار والأمصار من غير إنكار من أحد[1].

وهي غير جائزة، وباطلة عند المالكية والشافعية؛ لأن الشَّركة تتعلق بالمال أو بالعمل، وهما غير موجودين ومعدومان في هذه الشِّركة، وتشتمل على الغرر؛ لأن كلّ شريك يعاوض صاحبه بكسب غير محدد بصناعة أو بعمل مخصوص[2].

4 ـ شركة الجبر: وهي تشريك غير المشتري بناء على طلبه مع المشتري فيما اشتراه من سوقه، وهي التي قضى بها عمر رضي الله عنه، وقال بها مالك وأصحابه، وأجازوها بشروط سبعة وهي:

1 ـ أن يكون المشتري الذي اشترى السلعة قد اشتراها من سوقها المعدّ لها.

2 ـ وأن يكون شراؤه لها لأجل التجارة بها.

---

(1) فتح القدير 30/5 وما بعدها، المغني 12/5، غاية المنتهى 180/2.

(2) الخرشي 55/6، الشرح الصغير 467/3، القوانين الفقهية: ص 384، الشرح الكبير 363/3.

3 ـ وأن يكون الاتجار بها في بلد الشراء.

4 ـ وأن يكون طالب المشاركة (المشرّك) في السلعة حاضراً في السوق وقت الشراء.

5 ـ وأن يكون المشرّك من تجار هذه السلعة.

6 ـ وألا يتكلم المشرّك بزيادة أو مساومة، فلا يزيد على المشتري في ثمنها ولا يساوم.

7 ـ وألا يبين المشتري للمشرّك عند الشراء أنه لا يشارك فيها أحداً من طلاب المشاركة، ومن أراد منهم الزيادة فليزد.

فإن تخلف شرط من هذه الشروط فلا جبر[1]. وقد نص التقنين المالكي على هذا النوع من الشرّكة في مادة (284) وهي: إذا اشترى شخص سلعة من سوقها للتجارة بها في بلد الشراء، وحضر بعض تجار هذه السلعة وقت شرائها، ولم يبين لهم أنه لا يشارك أحداً منهم، ولم يزيدوا عليه في ثمنها، فإنه يجبر على مشاركتهم له إن طلبوا ذلك.

النوع الثاني من الشركات ـ شركة الأعمال أو شركة الأبدان:

تسمى هذه الشركة شركة الأعمال، وشركة الأبدان، وشركة الصنايع، وشركة التقبل، وهي الاشتراك في العمل أو في المال المعّين الحاصل بسبب العمل، وتعريفها أنها: عقد بين شخصين فأكثر على عمل بينهما، والربح مشترك بينهما على حسب عمل كلّ منهما، بصيغة. مثل الاشتراك في الخياطة، والحياكة، والتجارة، والدلالة (السمسرة)، وهي شائعة اليوم في ورشات الحدادة، والنجارة، وتصليح السيارات، والآلات المختلفة.

---

(1) الشرح الصغير 473/3 ومابعدها، الشرح الكبير والدسوقي 360/3.

وهي جائزة عند جمهور العلماء (المالكية، والحنفية، والحنابلة)[1] لأن المقصود منها تحصيل الربح، وهو ممكن بالتوكيل، وقد تعامل الناس بها، ولأن الشركة تكون بالمال، أو بالعمل كالمضاربة، وهذا عمل من الأعمال، وقال ابن مسعود: «اشتركت أنا وعمار وسعد يوم بدر، فأصاب سعد أسيرين، ولم أصب أنا وعمَّار شيئاً، فلم ينكر النَّبي ﷺ علينا»[2].

فهذه شركة فيما يصيبون من أسلاب الحرب. ومنعها الشافعية وأبطلوها؛ لأن الشَّركة تختص عندهم بالأموال، لا بالأعمال، ولأن العمل فيها لا ينضبط، فكانت مشتملة على الغرر، إذ لا يدري أحد الشريكين أن صاحبه يكسب أم لا، ولأن لكلٍّ شريك منفعة بدنه وخبرته وجهده، فيختص به، كاختصاص العمال فيما يحصلون عليه في الاحتطاب، والاصطياد، وسائر المباحات[3].

شروط صحتها:

تجوز شركة العمل عند المالكية بشروط خمسة[4]:

1 ـ **أهلية العاقدين للتصرف**: كما في شركة الأموال، بأن يكون كل منهما حراً بالغاً رشيداً.

2 ـ **اتحاد العمل**: كخياطَيْن، ونجارَين، ومهندسين، وطبيبين، لا كخياط ونجار، وطبيب ومهندس، أو تلازم العملين بأن يكون

---

(1) الخرشي 38/6، 51 - 53، الشرح الصغير 474/3 وما بعدها، الشرح الكبير 361/3، القوانين الفقهية: ص 284.

(2) رواه أبو داود، والنسائي، وابن ماجه عن أبي عبيدة عن عبد الله بن مسعود، قال ابن تيمية الجد: وهو حجة في شركة الأبدان وتملك المباحات.

(3) مغني المحتاج 212/2.

(4) مراجع المالكية السابقة.

أحدهما نسّاجاً والآخر غزّالاً، أو أحدهما صواغاً والآخر سبّاكاً، أو أحدهما غواصاً لطلب اللؤلؤ، والآخر يمسك له الحبل ويجذّف (أي: يقذف بالمقذاف) والمراد بالتلازم: توقف عمل أحدهما على الآخر.

ولم يشترط الحنفية هذا الشرط، فتجوز شركة العمل عندهم وإن اختلفت الحرفة أو الصنعة.

2 ـ اقتسام الربح بقدر عمل كل منهما: أي: أن يتفقا على ذلك، ولا يضر التبرع بعد العقد، وتفسد الشركة إن شرطا التفاوت في الربح، ولا يضر شرط التساوي إن تقاربا في العمل. ويغتفر التفاوت اليسير في العمل مع كون الربح بينهما بالسوية، ككون عمل أحدهما أقل من النصف قليلاً، وعمل الآخر أكثر منه قليلاً، أو كان عمل أحدهما أكثر من الثلث قليلاً، وعمل الآخر أقل من الثلثين قليلاً، وتقاسما على الثلث والثلثين، فيكون التفاوت الذي يفسد الشركة هو التفاوت المشروط، والتفاوت الكثير. ولم يشترط الحنفية هذا الشرط أيضاً.

3 ـ أن يشترك الشريكان في الآلة التي بها العمل: كالفأس، والقَدُوم، والمطرقة، والقبّان، والمنوال وغير ذلك، سواء كان الاشتراك بملك أوإجارة لهما من غيرهما، أو كان أحدهما يملك الآلة، واستأجر صاحبه منه نصفها، فإن كانت الآلة من أحدهما دون الآخر لم يجز.

وخلاصة هذه الشروط: تجوز الشركة في العمل إن اتحد عمل الشريكين أو توقف عمل كلّ منهما على الآخر، وحصل التعاون بينهما في العمل ولو بمكانين، واشتركا في آلة العمل أو إجارة لها من الجانبين أو بملك من جانب وإجارة من جانب آخر، وأخذ كل منهما من الربح بقدر عمله أوقريباً منه[1].

---

(1) التقنين المالكي (م286).

أحكام هذه الشَّركة:

لا تلزم هذه الشَّركة بالعقد، وإنما تلزم بالعمل، خلافاً لشركة الأموال فإنها تلزم عند المالكية بالعقد.

وإذا قبل أحد شريكي العمل في حضور شريكه أو في غيابه أو مرضه القريبين (بأن تكون مدة كل منهما ثلاثة أيام فأقل) شيئاً مما يعملان فيه، لزم شريكه قبوله، ولزمه ضمانه (المشاركة في التبعة أو المسؤولية) إن تلف، ولو حصل التلف بعد انفصالهما (أي: بعد انتهاء الشركة)؛ لأنهما صارا كالرجل الواحد، فمتى ضاع شيء من أحدهما ضمناه معاً. فإن قبله في غيابه أو مرضه الطويلين الذي يدوم كلّ منهما أكثر من ثلاثة أيام، فلا يلزم صاحبه قبوله والعمل معه، ولا ضمانه. كما لا يلزم بقبول ما قبله أحدهما بعد الانفصال (انتهاء الشَّركة) ولا بضمان ما تلف حينئذ، وإنما يكون ضمانه من القابل خاصة.

وإذا قبل الشريكان شيئاً للعمل فيه، فغاب أو مرض أحدهما ثلاثة أيام فأقل، ألغيت مدة غيابه أو مرضه، وشارك الحاضر في أجرة عمله. فإن زادت مدة الغياب أو المرض على ثلاثة أيام فأقل، كانت الأجرة الأصلية المتفق عليها كعشرة دنانير مثلاً بينهما، ورجع الحاضر على الغائب أو المريض في الحالتين بمثل أجرة عمله، أي: إذا كانت أجرة المثل لعمل العامل تساوي أربعة دنانير مثلاً، فإن العامل يختص بأربعة من العشرة في المثال المذكور، ثم يقتسمان الستة الباقية.

أما إن قبل أحدهما في أثناء غياب شريكه أو مرضه أكثر من ثلاثة أيام، فالأجرة كلها له، ولا شي للغائب أو المريض[1].

---

(1) الشرح الصغير3/476، الشرح الكبير3/362 وما بعدها، التقنين المالكي (م287، 288).

صفة يد الشريك:

اتفق الفقهاء على أن يد الشريك في المال يد أمانة كالوديعة؛ لأنه قبض المال بإذن صاحبه، لا لأجل أن يدفع ثمنه كما في المقبوض على سوم الشراء[1]، فإنه مقبوض لأجل أن يدفع الثمن، ولا لأجل التوثق به، كما في الرهن، فإنه مقبوض لأجل التوثق بالدين، فيكون مضموناً عند الحنفية خلافاً لغيرهم.

وبناء عليه، إذا هلك المال في يد الشريك من غير تفريط، لم يضمن؛ لأنه نائب عن شريكه في الحفظ والتصرف، فكان الهالك في يده كالهالك في يد شريكه، ويقبل قوله بيمينه في مقدار الربح والخسران، وضياع بعض المال أو كله، ولو من غير تجارة، ويضمن بالتعدي أو بالتقصير في الحفظ، كما في سائر الأمانات[2].

وإذا تلف بعض مال الشركة، بعد خلط المال، فضمانه من الشريكين عرضاً كان أو مثلياً[3].

مبطلات الشَّركة:

تبطل الشَّركة بما يأتي:

1 ـ الفسخ: تبطل الشَّركة عند المالكية باتفاق الطرفين على فسخها؛ لأنها عندهم عقد لازم بمجرد العقد. وتبطل عند المذاهب بفسخ أحد الشريكين لها؛ لأنها عقد غير لازم عندهم، فكانت محتملة للفسخ.

---

(1) المقبوض على سوم الشراء: هو الشيء المقبوض من البائع بعد الاتفاق على ثمنه من أجل رؤيته من شخص آخر قبل إبرام العقد.

(2) بداية المجتهد 253/2، تبيين الحقائق 320/2، المهذب 347/1، المغني 18/5.

(3) التقنين المالكي (م268) الشرح الكبير 350/3.

2 ـ موت أحد الشريكين: تنتهي الشَّرِكة بموت أحد الشريكين، لزوال الملك، وزوال أهلية التصرف بالمال بالموت، سواء علم الشريك الآخر بالموت أو لم يعلم؛ لأن كل شريك وكيل عن صاحبه، وموت الموكل يكون عزلاً للوكيل، علم به أو لم يعلم، لأن الموت عزل حكمي.

3 ـ ارتداد أحد الشريكين: لأن الردَّة بمنزلة الموت.

4 ـ جنون الشريك جنوناً مطبقاً: لأن الشخص بالجنون يخرج عن الأهلية. والإغماء مثل الجنون.

شركة الحيوان:

تجوز الشَّرِكة بين المالك بماله، والعامل بعمله، على أن ما رزق الله يكون بينهما، فإن رزق الله الفائدة كانت بينهما، وإن منعها استويا في الحرمان، وهذا غاية العدل، ولا تحرِّم الشريعة هذه المشاركات، وقد أقر النَّبي ﷺ المضاربة على ما كانت عليه قبل الإسلام، فضارب أصحابه في حياته وبعد موته، وأجمعت عليها الأمة[1]، ومثل ذلك المزارعة والمساقاة.

وبناء عليه، تجوز المغارسة على شجر الجوز مثلاً، بأن يدفع إليه أرضه، ويقول: اغرسها من الأشجار كذا وكذا، والغرس بيننا نصفان، ويجوز أن يدفع إليه ماله يتّجر فيه والربح بينهما نصفان، ويدفع إليه أرضه يزرعها، والزرع بينهما، ويدفع إليه شجره يقوم عليه والثمر بينهما.

وله أن يدفع إليه بقره أو غَنَمه أو إبله يقوم عليها، والدّر والنَّسْل بينهما، ويدفع إليه زيتونه يعصره والزيت بينهما، ويدفع إليه دابته يعمل

---

(1) أعلام الموقعين 20/4، ط محي الدين.

عليها والأجرة بينهما، ويدفع إليه فرسه يغزو عليها وسهمها بينهما، ويسلّم قناة يستنبط ماءها والماء بينهما، ونظائر ذلك، فكلّ ذلك شركة صحيحة، دل على جوازها النص، والقياس، واتفاق الصحابة، ومصالح الناس.

وذلك شركة، وليس إجارة، العوض فيها مجهول فيفسد العقد[1].

القضاء في منازعات الشركاء والجوار وغيرها:

تثور منازعات كثيرة بين الشركاء والجيران وغيرهم في مجال حقوق الارتفاق في المرافق الخاصة والعامة، فيقضى فيها على أساس منع الضرر، وإزالة ما يسمى بالتعسف في استعمال الحق. وقد أورد فقهاء المالكية طائفة من المسائل في هذا الخصوص، يحسن معرفتها، لبيان عدالة الشريعة وحرصها على تحقيق المصلحة العامة، ورفع الضرر، وتحقيق التعاون بين الناس على البر والتقوى.

ومن هذه المسائل ما يأتي:

أولاً ـ التنازع بين الشركاء:

(أ)ـ تعمير العقار المشترك: إذا احتاج عقار مشترك إلى عمارة، وكان غير قابل للقسمة وغير بئر أو عين، وامتنع أحد الشريكين عن تعميره، فإنه يقضى عليه من القاضي ببيع حصته لمن يعمره مع الشريك الذي أراد التعمير، لدفع ضرر بقاء العمارة بدون تعمير عن الشريك الذي أراد تعميره، حتى ولو كان بيع بعض الحصة يكفي لما يخص الشريك من نفقة العمارة.

أما إن كان قابلاً للقسمة، فلا يقضى عليه ببيع حصته، ولشريكه

---

(1) المرجع السابق 19/4.

قسمة العقار وتعمير نصيبه؛ لإمكان دفع الضرر عنه بقسمة العقار وتعميره لنصيبه.

وإن كان الشيء المشترك بئراً أو عيناً، فلا يقضى على الشريك أيضاً ببيع حصته، لإمكان دفع الضرر عن شريكه بالتعمير والاختصاص بالمنفعة، ولشريكه تعمير البئر أو العين، واختصاصه بما حصل من مائها بعمارتها، حتى يستوفي قدر ما أنفقه، ما لم يدفع له الشريك الممتنع مما يخصه من نفقة التعمير[1].

(ب) ـ نفقة التعمير من غير قضاء: إذا لم يرفع الشريك في العقار المشترك أمره إلى القضاء، وقام بتعميره بمجرد امتناع الشريك الآخر عن التعمير معه والإذن له فيه، فإنه يرجع بنفقة التعمير في غلة العقار، أي: يستوفي منها ما أنفقه على العمارة، لا في ذمة الشريك الآخر؛ لأنه لم يؤذن له في التعمير، حتى تكون نفقته ديناً في ذمته.

فإن أذن له في تعميره، أو سكت حين التعمير بعد علمه به، فإنه يرجع بما يخص شريكه من نفقة التعمير في ذمة الشريك، أي: يكون ديناً حالاً يأخذها منه جملة واحدة، لا في غلة العقار، ولو لم يكن للعقار غلة[2].

(ج) ـ إصلاح البناء الأسفل: إذا ضعف بناء فوقه بناء لمالك آخر، أي: ضعف عن حمله بحيث يخاف سقوطه، فعلى صاحب البناء الأسفل المملوك أو الموقوف إصلاحه أو بيعه لمن يقوم بإصلاحه، وعليه تعليق البناء الأعلى[3]، ونفقاته، عند الإصلاح إن خيف سقوطه.

---

(1) الشرح الصغير 478/3، الشرح الكبير 364/3 وما بعدها، التقنين المالكي (م 580).

(2) الشرح الصغير 479/3، الشرح الكبير 367/3، التقنين المالكي (م581).

(3) أي وضع الدعائم الخشبية أوالحديدية تحته لمنعه من السقوط.

وإذا سقط بعد أن علقه التعليق المعتاد في مثله، فلا ضمان عليه؛ لأنه فعل المطلوب منه[1].

(د) ـ **إعادة البناء الأسفل**: إذا سقط البناء الأعلى على البناء الأسفل المملوك أو الموقوف، فهدمه، فإن صاحب البناء الأسفل يجبر على إعادة بنائه أو بيعه لمن يعيد بناءه[2]، ولا ضمان على صاحب البناء الأعلى في انهدام البناء الأسفل إلا إذا أنذر بإصلاح بنائه رسمياً، ومضت مدة بعد الإنذار تسع الإصلاح، ولم يقم بإصلاحه حتى سقط البناء، ولا ضمان أيضاً على صاحب البناء الأسفل في سقوط البناء الأعلى إلا بالشروط السابقة، أي: الإنذار رسمياً بإصلاحه، ومضت مدة كافية بعد الإنذار تتسع للإصلاح، ولم يقم بإصلاحه حتى سقط، وسقط معه البناء الأعلى، فيكون عليه حينئذ ضمان سقوطه.

والإجبار على إعادة البناء الأسفل ليتمكن بذلك صاحب البناء الأعلى من إعادة بنائه عليه والانتفاع به[3].

وعلى صاحب البناء الأسفل أيضاً السقف الساتر لسفله، إذا السفل لا يسمى بيتاً إلا بالسقف، ولذا كان يقضى به لصاحب الأسفل عند التنازع، فالسقف الذي بين الطابقين لصاحب السفل، وعليه إصلاحه إن انهدم. وقال الشافعي: السقف مشترك بين صاحب العلو والسفل.

ولصاحب العلو الجلوس على السقف، وإن كان فوقه علو آخر، فسقفه لصاحب العلو الأول، وبناء العلو على صاحبه، وبناء السفل على صاحبه.

---

(1) الشرح الصغير 480/3، الشرح الكبير 365/3 وما بعدها، التقنين المالكي (م582).

(2) هذه المسألة مما استثني من عدم جواز بيع الوقف.

(3) الشرح الصغير والكبير، المكان السابق، التقنين المالكي (م583).

وإن كان مرحاض الأعلى منصوباً على الأسفل، فمشهور المذهب على صاحب السفل، والمفتى به قول أصبغ أن كنسه على الاثنين على قدر الرؤوس، وذلك إذا لم يجْرِ العرف بشيء، وإلا عمل بالعرف قطعاً. كما أنه يعمل بالعرف في كنس كنيف الدار المكتراة، وعرف أهل مصر أنه على رب الدار لا على المكتري[1].

(هـ) ـ الزيادة في البناء الأعلى: يمنع مالك البناء الأعلى من الزيادة في بنائه على القدر المتفق عليه من مالك البناء الأسفل إلا بإذن صاحب السفل، ويقضى عليه بإزالتها إن وقعت، إلا أن تكون الزيادة خفيفة عرفاً، فلا يمنع منها. والزيادة الخفيفة عُرفاً: هي التي لا تضر بالبناء الأسفل لا في الحال ولا في المآل. ولا يمنع منها للتسامح فيها عادة لخفتها وعدم إضرارها بالبناء الأسفل.

وإنما يمنع من الزيادة الثقيلة؛ لأنها مخالفة لما التزم به بمقتضى الاتفاق مع مالك البناء الأسفل، ولأنها تضر بالبناء الأسفل في الحال أو في المآل[2].

(و) ـ إعادة بناء الحائط الساتر: إذا هدم الجار حائطه (جداره) الساتر لجاره لغير إصلاح، فإنه يقضى عليه بإعادته على ما كان عليه دفعاً للضرر عن جاره، فإن هدمه لإصلاحه أو سقط بنفسه، فلا يقضى عليه بإعادته، ولو كان قادراً عليها، لعدم إضراره بجاره[3].

ثانياً ـ المرافق:

المرافق جمع مَرْفِق أو مِرْفَق: وهو ما يرتفق به، أي: ما ينتفع به.

---

(1) الشرح الكبير والدسوقي 366/3، القوانين الفقهية: ص 341.
(2) الشرح الكبير 633/3، التقنين المالكي (م584) القوانين الفقهية: ص 344.
(3) الشرح الكبير 368/3، التقنين المالكي (م 585)

(أ) ـ بذل الماء المملوك: إذا طلب محتاج لسقي إنسان أو حيوان ماء مملوكاً، كماء البئر والصَّهريج[1] والجَرَّة والقِرْبة ونحو ذلك، فلمالك الماء منعه عنه، وله إعطاؤه ما يطلبه بالثمن، إلا إذا لم يكن معه مال، وخيف حصول ضرر شديد له بسبب العطش، فيجب عليه إعطاؤه مقدار حاجته منه، ولا رجوع له عليه بثمنه، ولو كان موسراً به في غير محل الاضطرار. فإن كان معه مال في محل الاضطرار، فله أخذ الثمن منه.

والأولى في كلّ الحالات إعطاء الماء لطالب السقي بغير ثمن عملاً بمقتضى مكارم الأخلاق[2].

(ب) ـ إعطاء الزائد من ماء البئر: يقضى على مالك بئر الزرع[3] بإعطاء ما زاد من مائها عن حاجة زرعه لجاره في الزرع مجاناً، حتى ولو وجد معه الثمن، إن زرع الجار زرعه على ماء بئر، فانهدمت، وشرع في إصلاحها، وخيف تلف زرعه لو ترك بغير سقي إلى تمام إصلاحها.

وهذا الحكم توجبه مبادىء الإسلام في التعاون على البر والتقوى، ودفع الضرر الشديد، وهو كما يتضح مشروط بشروط أربعة: وهي زرع الجار زرعَه على ماء بئر، وانهدام البئر، وشروعه في إصلاحها، والخوف على زرعه من التلف، لو ترك بدون سقي إلى تمام إصلاح البئر[4].

(جـ) ـ الماء المباح في الأرض الموات: إذا حفرت بئر في الأرض

---

(1) الصِّهريج: حوض كبير يعد لخزن الماء فيه، جمع صَهاريج.
(2) شرح مجموع الأمير 242/2، التقنين المالكي (م 577).
(3) بئر الزرع: هي التي تحفر في أرض مملوكة لسقي الزرع.
(4) التقنين المالكي (م 578).

الموات كالصحراء والبادية لسقي الماشية أو الناس[1]، ولم يشهد حافرها على ملكيته لها عند حفرها. فإنه لا يختص بمائها، ويجبر على إعطاء مازاد من مائها عن حاجته لمن طلبه منه مجاناً، ولو وجد معه الثمن؛ لأن الحفر على هذا النحو لا يكون إحياء للأرض ولا سبباً لاختصاصه بها.

فإن أشهد عند حفرها على ملكيته لها، فإنه يختص بمائها؛ لأن حفر البئر على هذه الشاكلة يكون إحياء للأرض وسبباً لاختصاصه بها. ويطبق الحكم المذكور في الفقرة السابقة (أ) على طلب الغير منه ما زاد من مائها عن حاجته[2].

ثالثاً ـ منع الضرر:

من أحدث ضرراً يؤمر برفعه، ولا ضرر ولا ضرار، والضرر المحدث قسمان: أحدهما متفق عليه، والآخر مختلف فيه.

فالمتفق عليه أنواع: منه فتح كَوَّة أو طاق يكشف منها على جاره فيؤمر بسدها أو سترها.

ومنه: أن يبني في داره فرناً أو حماماً أو كير حداد أو صائغ مما يضر دخانه بجاره، فيمنع منه إلا إن احتال في إزالة الدخان كالمداخن الحديثة والمصافي الواقية من تلوث البيئة.

ومنه: أن يصرف ماءه على دار جاره أو على سقفه أو يجري في داره ماء، فيضر بحيطان جاره.

ومنه: أن يبني في طريق المسلمين أو يضيف إلى ملكه شيئاً من

---

(1) تسمى البئر الأولى في الاصطلاح الفقهي ببئر الماشية، والثانية ببئر الشُّرب «حاشية الدسوقي 70/4)

(2) التقنين المالكي (م579) حاشية الدسوقي 70/4.

الطريق، فيمنع من ذلك بالاتفاق. وله أن يبني غرفة على الطريق إذا كانت الحيطان له من جانبي الطريق. وإن كان بين شريكين نهر أو عين أو بئر، فمن أنفق منهم، فله أن يمنع شريكه من الانتفاع حتى يعطيه قسطه من النفقة.

وأما المختلف فيه: فمثل أن يعلي بنياناً يمنع جاره الضوء والشمس فالمشهور أنه لا يمنع منه، وقيل: يمنع.

ومنه: أن يبني بنياناً يمنع الهواء (الريح) للأندر (البيدر أو الجَرين) فالمشهور منعه منه.

ومن ذلك: أن يجعل في داره رحى(طاحونة) يضر دويها بجاره، فيه خلاف.

وأما فتح الباب في الزقاق: فإن كان الزقاق غير نافذ، فليس له أن يفتحه إلا بإذن أرباب الزقاق، وإن كان نافذاً جاز له فتحه بغير إذنهم إلا أن يكشف على دار أحد جيرانه، فيمنع من ذلك[1]. هذا ما قاله ابن جزي.

ويمكن صياغة بعض هذه الأحكام على النحو التالي:

(أ) ـ هدم ما بني في الطريق: يقضى على من بنى في طريق يمر فيه الناس بهدم ما بنى، ولو لم يضر بهم في مرورهم، إلا أن يكون أصل الطريق ملكاً له تهدّم، كما لو كان أصله داراً له، واتخذه الناس طريقاً لهم، فلا يمنع من البناء فيه.

والمراد بالطريق الذي يمرفيه الناس: ما يشمل الطريق المفتوح الذي يسمى اليوم بالشارع، والطريق المسدود الذي يسمى بالحارة أو الزقاق[2].

---

(1) القوانين الفقهية: ص 341.

(2) الشرح الصغير 483/3، التقين المالكي (م 586).

(ب) ـ فتح النافذة أو المَطَلّ ومنع الدخان والرائحة: لا يجوز فتح نافذة تطل على الجار، ويقضى بإزالتها إن فتحت، كما لا يجوز إحداث ما يضر بالجار دخانه كحمام وفرن ومطبخ، أو رائحته كمدبغة ومذبح وإصطبل، أو غباره كتذرية الحب في البيدر، ويقضى بإزالته إن حدث[1].

(جـ) ـ الإضرار بحائط الجار: لا يجوز إحداث ما يضر بحائط (جدار) الجار، كإحداث طاحونة أو بئر أو غرس شجرة بجواره، ويقضى بإزالته إن حدث، كما يقضى بقطع ما أضر من أغصان شجرة بحائط الغير أو بأمن داره، ولو كانت الشجرة أقدم من الحائط.

(د) ترك مالا يلحق ضرراً كبيراً: لا يمنع إحداث بناء يحجب ضوءاً أو شمساً أو ريحاً عن الجار، إلا أن يحجب الريح عن طاحونة الهواء، فيقضى بمنعه[2].

ولا يمنع صوت حداد ونجار ونحوهما إلا أن يشتد ويستمر، فيقضى بمنعه.

ولا يمنع إحداث روشن، وساباط لمن له الجانبان بزقاق مطلقاً (نافذ أو غير نافذ) ولو كان الزقاق غير نافذ إلا أن يضر إحداثهما بالمارة، فيقضى بمنعه[3]. والروشن: هو جناح يخرجه في علو حائطه ليبني عليه ماشاء. والساباط: سقف ونحوه على حائطين له مكتنفي طريق. هذا هو المعتمد عند المالكية.

---

(1) الشرح الكبير369/3، الشرح الصغير 484/4 ومابعدها، التقنين المالكي (م587) ويعبر الفقهاء عن النافذة بالكَوّة أي: الطاقة، والمراد بها الطاقة المحدثة المشرفة على الجار، وأما القديمة فلا يقتضي بسدها.

(2) الشرح الصغير 485\3 وما بعدها، التقنين المالكي (م 588).

(3) الشرح الكبير 370/3، الشرح الصغير 486/3 ومابعدها، التقنين المالكي (م 589). =

(هـ) ـ جني الثمار: لا يمنع الصعود على نخلة مشرفة على الجار لإصلاحها[1] أو جني ثمارها، وعلى الصاعد إعلام الجار بصعوده ليستر ما لا يحب إطلاع الغير عليه، بخلاف منارة المسجد المشرفة على الجار، فإنه يمنع الصعود عليها للأذان، ولو كانت أقدم من الجار(أي: موجودة قبل وجود الجار بجانبها)، إلا أن يكون لها ساتر من كل جهة يمنع من الاطلاع على الجار، أو يكون من يصعد عليها للأذان مكفوفاً، فلا يمنع من الصعود عليها.

والسماح بصعود النخلة للإصلاح أو جني الثمرة؛ لأنه أمر اضطراري لا يتأتى المطلوب بدونه، وهو قليل جداً. أما الصعود على منارة المسجد للأذان، فإنه يتكرر كلّ يوم خمس مرات، فيشق على الجار التحفظ من الصاعد عليها، ولأن الأذان للصلاة يتأتى بدون الصعود عليها أو بصعود مكفوف عليها، أو بمكبرات الصوت الحديثة[2].

رابعاً ـ ما يندب للجار:

ـ يندب للجار تمكين جاره من غرز خشب في جداره؛ لأنه من المعروف ومكارم الأخلاق، ولما في الموطأ: «لا يمنع أحدكم جاره أن يغرز خشبة في جداره».

ـ ويندب للإنسان الإرفاق بماء الشرب أو غيره، وبماعون كإناء، وفأس، وسكين، لغيره من جار أو قريب أو أجنبي، ويتأكد في القريب والجار، قال الله تعالى: ﴿وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَٰنًا وَبِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱلْجَارِ ذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْجَارِ ٱلْجُنُبِ وَٱلصَّاحِبِ بِٱلْجَنۢبِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النساء: 36].

---

(1) إصلاح النخلة: هو تقليمها وتلقيحها بالطلع.

(2) الشرح الكبير 371/3، الشرح الصغير 487/3، التقنين المالكي (م 590) القوانين الفقهية: ص 340.

ـ ويندب إعانة الجار، والقريب، والأجنبي في أمر مهمّ كموت، وعرس، وسفر.

ـ ويندب فتح باب لمرور في دار لها بابان، وأراد الجار أن يمر في الدار بدخوله من باب ليخرج من الآخر لحاجة، ولا ضرر على رب الدار[1].

خامساً ـ التنازع في الجدران[2]:

ـ إذا كان جدار بين دارين لرجلين، فهناك ثلاثة أحوال:

الحالة الأولى ـ أن يكون لأحدهما، فله أن يتصرف فيه بما شاء.

والحالة الثانية ـ أن يكون الجدار ملكاً لرجلين: فليس لأحدهما أن يتصرف فيه إلا بإذن شريكه، وإن انهدم فبنيانه عليهما، فإن أبى أحدهما من البناء، فإن كان ينقسم قُسم بينهما، وإن لم ينقسم أجبر على بنيانه مع شريكه، وقيل: لا يجبر. فإن هدمه أحد، فعليه أن يرده إلا إذا كان هدمه صلاحاً، فهو بينهما.

الحالة الثالثة ـ إذا تنازعا في ملك الجدار: فيحكم به لمن يشهد العرف بأنه له، وهو لمن كانت إليه القُمُط والعقود.

والقُمط: هي ما تشد به الحيطان من الجص وشبهه، والعقود: هي الخشب التي تجعل في أركان الحيطان لتشدها.

فإن لم يشهد به العرف لأحدهما حكم بأحكام التداعي في القضاء.

وقال الشافعي: لا دليل في الخشب على ملك الحائط، والحائط بينهما مع أيمانهما.

ـ إذا انهدم حائط بستان مشترك، فأراد بعضهم بناءه، وأبى بعضهم

---

(1) الشرح الصغير 488/3 ومابعدها.

(2) القوانين الفقهية: ص 340.

فإن كان مقسوماً إلا أن الحيطان تضمه، فلا حجة لبعضهم على بعض. ومن أراد أن يحرز متاعه أحرزه، ومن أراد الترك تركه.

وإن كان غير مقسوم قسم. وإن غير كان قابل للقسمة، أنفق من أحب في صيانته، وأخذ نفقته من نصيب صاحبه.

ـ إن انهدمت رحى (طاحونة) مشتركة، فأقامها أحدهم بعد امتناع الباقين، فالغلة كلها للذي أقامها عند ابن القاسم. وقال ابن الماجشون: الغلة بينهم على حسب الأنصباء، ويأخذ المنفق من أنصبائهم ماأنفق.

* * *

الفَصلُ العَاشِرُ
المُضَارَبَة أو القِرَاض

تعريفها، ومشروعيتها، وأركانها، وصفة عقدها، ومقارنتها مع عقد التأمين، نوعاها، تعدد المضارب، شروطها، صفة يد المضارب، تصرفات المضارب، مضاربة العامل بمال المضاربة، حقوق المضارب (النفقة والربح) حق ربّ المال وغرمه، حكم المضاربة الصحيحة والفاسدة، مبطلات المضاربة أو انتهاء المضاربة وفسخها، اختلاف العاقدين (ربّ المال والعامل المضارب).

تعريف المضاربة:

المضاربة أو المعاملة: أحد أنواع الشُّركة الستة عند المالكية[1]، يكون فيها رأس المال من جانب، والعمل من جانب آخر، وتسمى في لغة أهل الحجاز مضاربة، ويسمى العامل مضارباً، لأنه يضرب في الأرض، ويتاجر فيها بقصد الربح وتنمية المال، وتسمى في لغة أهل العراق قراضاً ومقارضة، لأن صاحب المال يقطع قدراً من ماله ويسلّمه إلى العامل يتصرف فيه بقطعة من ربحه. وتسمى أيضاً معاملة.

وهي أن يدفع رجل مالاً لآخر ليتجر به، ويكون الفضل بينهما حسبما يتفقان عليه من النصف أو الثلث أو الربع أو غير ذلك بعد إخراج رأس المال[2] وقال ابن رشد (الجد): شركة المضاربة: هي أن يدفع

(1) الشرح الكبير 351/3.
(2) القوانين الفقهية: ص 282.

الرجل إلى الرجل مالاً يتجر فيه، ويكون الربح فيه بينهما على ما يتفقان عليه من الأجزاء، والوضيعة على رأس المال، وهي المقارضة[1].

وقال العلامة خليل: القراض: دفع مالك مالاً من نقد (ذهب أو فضة) مضروب (مسكوك) مُسَلَّم معلوم لمن يتّجر به، بجزء معلوم، بصيغة. فلا يصح بعروض كثياب، ومثلي غير نقد كطعام وغيره، ولا بتبر، وحلي، ولا سبيكة إلا أن يتعامل بالتبر ونحوه فقط، ببلد القراض، حيث لا يوجد عندهم مسكوك يتعامل به، ولا بدين ولا برهن ولا بوديعة عند العامل أو غيره، بصيغة دالة على ذلك، ولو كان التعبير من أحد العاقدين ويرضى الآخر، ولا يشترط اللفظ كالبيع والإجارة[2]، فتصح بكل ما يدل على معناها ويتراضى عليها الطرفان.

ويتبين من ذلك أن المضاربة: عقد بين طرفين على أن يدفع أحدهما نقداً إلى الآخر، ليتجر فيه، على أن يكون الربح بينهما بحسب ما يتفقان عليه، والربح معلوم النسبة دون القدر.

مشروعيتها:

المضاربة عقد جائز، مستثنى من الغرر والإجارة المجهولة، أجيزت بالسنّة والإجماع. فإن النّبي ﷺ بعث والناس في الجاهلية يتعاملون بها، وقد ضارب لخديجة رضي الله عنها بمالها، وسافر به إلى الشام قبل أن يبعث ، فأقرهم عليها؛ لأن الصحابة كانوا يتعاملون بها، وعلم النّبي ﷺ بذلك، فأقرهم.

وأخرج الطبراني في الأوسط عن ابن عبّاس رضي الله عنه أنه قال: «كان سيدنا العباس بن عبد المطلب إذا دفع المال مضاربة، اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحراً، ولا ينزل به وادياً، ولا يشتري به دابة ذات

(1) المقدمات الممهدات 36/3.

(2) الشرح الصغير 681/3 ومابعدها.

كبد رطبة، فإن فعل ذلك ضمن، فبلغ شرطه رسول الله ﷺ، فأجازه»[1].

وأجمع الصحابة على جوازها، فإنهم كانوا يدفعون مال اليتيم مضاربة، ولم ينكر عليهم أحد، فكان إجماعاً.

رُوي أن عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطّاب رضي الله عنهم خرجا في جيش العراق، فلما قفلا مرّا على عامل لعمر: وهو أبو موسى الأشعري، فرحّب بهما وسهّل، وقال: لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت، ثم قال: بلى، ها هنا مال من مال الله، أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين، فأسلفكما، فتبتاعان به متاعاً من متاع العراق، ثم تبيعانه في المدينة، وتوفران رأس المال إلى أمير المؤمنين، ويكون لكما ربحه، فقالا: وددنا، ففعل.

فكتب إلى عمر أن يأخذ منهما المال، فلما قدما، وباعا، وربحا، فقال عمر: أكلُّ الجيش قد أسلف كما أسلفكما؟ فقالا: لا، فقال عمر: ابنا أمير المؤمنين، فأسلفكما! أدّيا المال وربحه، فأما عبد الله فسكت، وأما عبيد الله فقال: يا أمير المؤمنين، لو هلك المال ضمناه، فقال: أدياه، فسكت عبد الله، وراجعه عبيد الله، فقال رجل من جلساء عمر: يا أمير المؤمنين، لو جعلته قراضاً[2]، فرضي عمر، وأخذ رأس المال ونصف ربحه، وأخذ عبد الله وعبيد الله نصف ربح المال[3].

والمضاربة رخصة وتوسعة بين المسلمين للضرورة التي دعت إليها،

---

(1) لكن فيه أبو الجارود الأعمى، وهو متروك كذاب. والمراد بالدابة: المتاجرة بالمواشي والخيول التي تتعرض للتلف عادة، ونحوها.

(2) أي: لو عملت بحكم المضاربة، وهو أن يجعل لهما النصف، ولبيت المال النصف.

(3) أخرجه مالك في الموطأ عن زيد بن أسلم عن أبيه.

فلا يعمل بها إلا على ما جرى على سنتها.

أركانهــا:

للمضاربة عند الجمهور ثلاثة أركان: عاقدان (مالك وعامل) ومعقود عليه (رأس المال، والعمل، والربح) وصيغة (إيجاب، وقبول، أو ما يقوم مقامهما). وعند الحنفية لها ركن واحد، وهو الصيغة، الإيجاب والقبول بألفاظ تدل عليهما، صادران ممن لهما أهلية التعاقد.

صفة عقد المضاربة:

المضاربة قبل شروع العامل، غير لازمة بالاتفاق، ولكلِّ طر ف فيها فسخ العقد، وتلزم عندالمالكية بالشروع كشركة الأعمال، فإن شرع العامل في أعمال الشَّركة لا يفسخ العقد حتى ينضّ المال، أي: يتحول نقوداً، ولا يبقى عروضاً تجارية. وهي عندهم عقد يورث، فيستمر وجوده مع ورثة العامل المضارب إن كانوا أمناء، وإلا أتوا بأمين. وقال بقية الأئمة: هي عقد غير لازم يجوز فسخه من أحد العاقدين إذا شاء، وليس هو عقداً يورث(1).

المضاربة وعقد التأمين:

المضاربة والمرابحة: هما أهم العقود التي تعتمد عليها المصارف الإسلامية، وقد نجحت هذه المصارف نجاحاً طيباً بقيامها على الأحكام الشرعية، والامتناع عن الرِّبا أو الفائدة.

ولا يوجد شبه حقيقي بين المضاربة وعقود شركات التأمين؛ لأن عقد التأمين يقوم على الغرر (الاحتمال) والمقامرة، إذ قد يدفع المستأمن (المؤمن له) قسطاً واحداً ويقع الحادث، ففيه غرر، مهما قيل

---

(1) الشرح الصغير 705/3، بداية المجتهد 237/3، الخرشي، 223\6، البدائع، 109\6، المهذب 388/1، المغني 58/5.

بأن احتمال المقامرة فيه قليل جداً بالاعتماد على دراسة اجتماعية وصحية دقيقة، وأنه يساعد على ترميم الكارثة وتفتيت الضرر على أكبر رقعة ممكنة من المتعاملين. وأن عقد التأمين يستطيع المؤمَّن له على حياته مثلاً أن يسترد الأقساط التي دفعها مع الربح المتفق عليه مع الشركة.

أما المضاربة: فلا يشتمل العقد فيها على الغرر في ذات العقد، أما التجارة في طبيعتها: فهي معرضة للربح والخسارة بين كلّ الناس، سواء من عامل المضاربة أو غيره. وربّ المال وإن كان له الحق في أصل رأسماله واسترداده إن سلم من الخسارة، لكن حقه في الربح مقصور على ما تربحه التجارة بالفعل بعمل المضارب، ولا شيء له من رأس المال والربح إن حدثت خسارة؛ لأن الخسارة يتحملها ربّ المال وحده دون المضاربة، ويكفي المضارب أنه خسر جهده وعمله.

وحينئذ يكون عقد التأمين داخلاً تحت المضاربة الفاسدة، باشتراط المؤمَّن له استرداد رأس المال مع ربحه بمقدار معلوم محدد قطعاً، دون زيادة ولا نقص.

وليس عقد التأمين أيضاً من قبيل القرض؛ لأنه قرض جر نفعاً، وهو حرام وربا منهي عنه، ويكون دفع التأمين لورثة المؤمن له أكلاً لأموال الناس بالباطل، لأن الموت والحياة بيد الله، فلا تجوز المقامرة والمخاطرة فيهما، لجهل المؤمَّن والمستأمن بوقت الحادث.

نوعا المضاربة:

المضاربة نوعان: مطلقة ومقيدة[1]:

المطلقة: هي أن يدفع شخص المال إلى آخر بدون تقييد بشيء،

---

(1) مغني المحتاج 310/2، البدائع 87/6 ـ 98.

لا في تجارة معينة، ولا في بلدة معينة، ولا في وقت معين، ولا لشخص معين، أو هي أن يدفع المال مضاربة من غير تعيين العمل والمكان، والزمان، وصفة العمل ومن يعامله.

والمقيدة: هي أن يعين شيئاً من ذلك أو أن يدفع شخص إلى آخر مبلغاً من المال مضاربة، على أن يعمل بها في بلدة معينة، أو في بضاعة معينة، أو في وقت معين، أو لا يبيع ولا يشتري إلا من شخص معين. وهي جائزة عندالحنفية والحنابلة، ولا تجوز حالة التأقيت وتخصيص شخص أو سلعة معينة واحدة أو تعيين محل عند المالكية والشافعية، كما لا يجوز عندهم إضافتها إلى المستقبل، ويجوز ذلك عندالحنفية والحنابلة. ويجوز عندالحنابلة تعليق المضاربة على شرط، مثل إذا جاءك فلان بالدَّين الذي لي في ذمته وسلَّمك إياه، فضاربْ به، ولا يجوز تعليقها عند بقية المذاهب؛ لأن المضاربة تفيد تمليك جزء من الربح، والتمليك لا يقبل التعليق[1].

تعدد المضارب:

يجوز أن يكون المضارب واحداً أو أكثر، فإذا تعدد العامل المضارب، فيوزع الربح عند المالكية عليهم بقدر العمل، كشركة الأعمال، فيأخذ كلّ واحد من الربح بقدر عمله، ولا يجوز أن يتساوى العمال في العمل، ويختلفون في الربح أو العكس، بل الربح على قدر العمل في هذه الشَّركة على المشهور[2].

شروط المضاربة:

تشترط شروط في العاقد وفي رأس المال وفي الربح وفي الصيغة:

---

(1) الميزان للشعراني 92/2، الشرح الكبير للدردير 521/3، الشرح الصغير 690/3، المهذب 386/1، كشاف القناع 497/3.

(2) الخرشي 217/6، حاشية الصاوي على الشرح الصغير 701/3.

أما شرط العاقدين (ربّ المال، والعامل): فهو أهلية التوكيل والوكالة، بأن يكون رب المال أهلاً للتوكيل، والعامل المضارب أهلاً للوكالة؛ لأن المضارب يتصرف بأمر ربّ المال، وهو وكيل عنه في العمل بماله، وأمين عليه، ككل شريك مع شريكه.

وأما شروط رأس المال فهي أربعة[1]:

1 ـ أن يكون من النقود الرائجة: فلا تجوز المضاربة بعقار أو عروض، أو تبر أو حلي وسبيكة (نُقْرة) لجهالة قيمتها، فيصير الربح مجهولاً، ولعدم توافر السيولة النقدية التي تتطلبها التجارة وسرعة التبادل فيها عادة.

2 ـ أن يكون معلوماً قدراً وصفة: فإن كان مجهولاً لا تصح المضاربة، لأن الجهالة تؤدي للمنازعة وجهالة الربح.

3 ـ أن يكون عيناً حاضرة لا ديناً: أي، أن يكون رأس المال شيئاً معيناً، لا ديناً في الذمة، فلا تصح المضاربة على مال غائب، ولا على دين عند العامل أو غيره، كأن يقول ربّ المال لمن عليه دين: ضارب بالدَّين الذي لي عليك، لعدم توافر قبض رأس المال المطلوب في المضاربة.

كما لا تصح عند المالكية المضاربة برهن أو وديعة، ولا تصح بالدَّين؛ لأن الدائن يتهم بأنه أخره ليزيده المدين فيه، وأما الرهن أو الوديعة، فلأنه يحتمل أنه أتلف العين المرهونة والمودعة، فصارت عليه ديناً، ثم تواطآ على التأخير بزيادة، فكانت علة المنع كون المرهون والوديعة له شبه بالدَّين.

---

(1) الخرشي 203/6 - 209، بداية المجتهد 234/2 ومابعدها، القوانين الفقهية: ص 282، الشرح الكبير للدردير 518/3 ومابعدها، الشرح الصغير 683/3 وما بعدها، 690، المقدمات الممهدات 16/3.

فإن وقعت المضاربة بدين على العامل، بأن قال ربّ المال: اجعل ما عليك من الدَّين قراضاً على أن الربح بيننا كذا، استمر الدَّين ديناً على العامل، يضمنه للدائن، ويختص العامل بالربح، وعليه الخسارة، ولا عبرة بما اتفقا عليه إلا أن يقبض الدائن الدَّين أو يحضره المدين له، ثم يرده الدائن للعامل على أنه قراض. كما أنه تصح المضاربة إذا قبض العامل الدَّين فعلاً من المدين الآخر.

4 ـ أن يتم تسليم رأس المال إلى المضارب: ليتمكن من العمل فيه، فلو شرط أن يعمل فيه ربّ المال مع المضارب، فسدت المضاربة؛ لأن ذلك يخل بكمال التسليم أو التخلية. وهذا عند الجمهور غير الحنابلة، وأجاز الحنابلة اشتراط بقاء يد المالك على المال.

وأجاز المالكية للعامل: أن يشترط عمل ربّ المال مجاناً في مال القراض، أو يشترط تقديم ربّ المال دابة مثلاً حيث كان المال كثيراً. وأجازوا أيضاً لربّ المال أن يدفع مالين متعاقبين، أي: واحداً بعد الآخر لعامل واحد، بشرط خلط المالين عند دفع الثاني؛ لأنه يصبح مالاً واحداً، وربحه واحد.

أما ما يشترط في الربح فهو شرطان[1]:

1 ـ أن يكون معلوم القدر أو مسمى: كنصف أو ربع، فلا يصح كون الربح مجهولاً، مثل: اعمل في هذا المال ولك في الربح جزء أو شرك، وجهالة الربح توجب فساد العقد. أما لو قال له: اعمل في هذا المال قراضاً، والربح بيننا، فإنه يكون ظاهراً في المناصفة؛ لأن هذا اللفظ يدل عُرفاً على التساوي.

2 ـ أن يكون جزءاً شائعاً: أي: نسبة معينة كثلث أو ربع أو نصف،

---

(1) القوانين الفقهية: ص 282، الشرح الصغير 682/3، الشرح الكبير 517/3.

فلا يصح اشتراط قدر مقطوع أو معدود أو معين كمئة دينار من الربح، والباقي للآخر، لأن المضاربة تقتضي الاشتراك في الربح، وهذا الشرط يمنع الاشتراك في الربح، لاحتمال ألا يربح المضارب إلا هذا القدر المذكور، فيكون الربح لأحد الطرفين دون الآخر، فلا تتحقق المشاركة، ولا يكون التصرف مضاربة، وإنما تكون المضاربة فاسدة.

وبناء عليه، لا تصح المضاربة بربح محدد كفوائد الودائع المصرفية في المصارف الحالية أو صندوق التوفير، لأن المشاركة تقتضي الإسهام بالأرباح دون تحديد نسبة مقطوعة، وليس من العدل إذا كان الربح مضموناً في الغالب أو أكثر من هذه النسبة أن يأخذ أحد العاقدين أكثر من حقه. ولا تصح أيضاً أن يشترط أحد العاقدين لنفسه شيئاً ينفرد به من الربح. ويجوز عند المالكية خلافاً للشافعي أن يشترط العامل الربح كله له، وأن يشترط زكاة الربح المعلوم على ربّ المال أو العامل. وأما زكاة رأس المال فعلى صاحبه.

ولا يجوز أن يشترط الضمان على العامل إذاتلف أو ضاع بلا تفريط.

ولا يجوز عندالمالكية أن يهدي ربّ المال هدية إلى العامل ولا العامل إلى ربّ المال؛ لأنه يؤدي إلى سلف جر منفعة.

وأما ما يشترط في الصيغة فهو عند المالكية ثلاثة شروط[1]:

1 ـ ألا يعّين أجل للعمل: لأن طبيعة التجارة تقتضي الإطلاق لا التأقيت بزمن معين، وخالف الحنفية في ذلك. فإذا قال له: اعمل في هذا المال سنة من الآن، أو: إذا جاء الوقت الفلاني فاعمل فيه، فالعقد فاسد عند المالكية، لما فيه من التحجير المنافي لسنّة القراض، فإن عمل العامل حينئذ فله أجر المثل.

---

(1) القوانين الفقهية، المكان السابق، الشرح الصغير 687/3، الشرح الكبير 519/3.

2 ـ ألا يحجر على العامل فيقصر على سلعة واحدة معينة، أو دكان أو شخص معين: لمنافاة ذلك لطبيعة القراض.

3 ـ ألا ينضم إلى القراض عقد آخر كالبيع وغيره تجنباً لشبهة الرِّبا.

صفة يد المضارب:

اتفقت المذاهب[1] على أن العامل المضارب أمين فيما في يده من رأس المال بمنزلة الوديعة؛ لأنه قبضه بإذن مالكه، لا على وجه المبادلة كالمقبوض على سوم الشراء، ولا على وجه الوثيقة كالرهن.

فإذا تلف المال في يد المضارب من غير تفريط، لم يضمن؛ لأنه نائب عن ربّ المال في التصرف، فلم يضمن من غير تفريط كالوديع.

وإذا ظهرت خسارة، كانت على ربّ المال وحده، واحتسبت أولاً من الربح إن كان في المال ربح.

وإن شرط على العامل ضمان رأس المال إن تلف، فسدت المضاربة كما تقدم عند المالكية والشافعية؛ لأنه شرط فيه زيادة غرر يتنافى مع طبيعة العقد. وبطل الشرط وصح العقد عند الحنفية والحنابلة.

ويترتب على كون العامل أميناً ما يلي:

ـ إذا خلط العامل ماله بمال القراض من غير إذن ربِّ المال، فهو غير متعد عند المالكية خلافاً للحنفية والشافعية[2].

ـ يقبل قول العامل بيمينه في دعوى تلف مال القراض أو بعضه أو دعوى خسارته، إذا لم تقم قرينة على كذبه، كما يقبل قوله بيمينه في

---

(1) الشرح الكبير 536/3، الشرح الصغير 706/3، الخرشي 213/6، بداية المجتهد 134/2، 236، البدائع 87/6، مغني المحتاج 322/2، المغني 25/5، 69، المقدمات الممهدات 19/3.

(2) القوانين الفقهية: ص 283.

دعوى رد مال القرض لربه، إذا لم تقم قرينة على كذبه، ولم يقبضه من ربِّ المال ببينة للتوثق بها خوفاً من دعوى الرد[1].

ـ إذا أتلف العامل أو ربّ المال أو أجنبي بعض مال القراض، فالباقي منه بعد الإتلاف هو رأس مال القراض، والبعض الذي أتلف يلتزم به المعتدي في ذمته، ولا يجبر بالربح[2].

ـ إذا تلف مال القراض كله أو بعضه قبل الشروع في العمل أو بعده، فلا يلزم ربّ المال بأن يأتي ببدل ما تلف؛ لأن عقد القراض إنما وقع على المال الذي كان موجوداً وقت العقد، ولا يلزم العامل بقبول البدل، إذا أراد ربّ المال أن يأتي ببدله في حالة تلف جميع المال، أو في حالة تلف البعض قبل الشروع في العمل؛ لأن لكل منهما فسخ العقد قبل الشروع في العمل ولو لم يحصل تلف، ويلزم العامل بقبول البدل في حالة تلف البعض بعد الشروع في العمل؛ لأن البدل في هذه الحالة ليس قراضاً مؤتنفاً، وإنما هو تابع للقراض الأول، لبقاء بعض ماله، فيلزمه قبوله[3].

تصرفات المضارب:

يتصرف العامل المضارب في مال المضاربة حسبما يقتضي العرف التجاري وما جرت به العادة في أيّ مكان وزمان، فله الشراء والبيع، ويكون الشراء بمثل القيمة أو بأقل منه مما يتغابن الناس في مثله؛ لأن المقصود من المضاربة هو تحصيل الربح، والربح لا يحصل إلا بالشراء والبيع.

ـ وله أن يستأجر على العمل الكثير مما تجري العادة به، لا العمل

---

(1) الشرح الصغير 706/3 ومابعدها، التقنين المالكي (م 427)

(2) الشرح الصغير 697/3، التقنين المالكي (م 432).

(3) حاشية الصاوي على الشرح الصغير 701/3، التقنين المالكي (م 433).

الخفيف كالنشر والطّي للثياب ونحوها، فإن استأجر على ذلك، كان عليه الأجر من ماله، لا على رب المال ولا من الربح.

ـ وله أن يوكل بالبيع والشراء؛ لأن التوكيل من عادة التجار، ولأنه طريق الوصول إلى الربح.

ـ وله أن يسافر بالمال إن لم يحجر عليه ربّ المال قبل شَغْل المال، فإن خالف وسافر ضمن، بخلاف ما لو خالف وسافر بعد شغل المال؛ إذ ليس لرب المال منعه من السفر بعده.

ـ ولربِّ المال أن يشترط على العامل ألا ينزل وادياً معيناً يحدده له، وألا يمشي بالمال ليلاً خوفاً من نحو لص، وألا ينزل ببحر، وألا يبتاع سلعة بمال المضاربة، عيَّنها له لغرض، فإن خالف في جميع ما ذكر، وتلف المال كله أو بعضه، ضمنه.

ـ وللعامل أن يخلط مال المضاربة بماله من غير إذن ربِّ المال.

وليس له الإبضاع[1] إلا بإذن ربِّ المال، وإلا ضمن، وهذا خلافاً للحنفية.

وليس له أن يشارك في مال القراض غيره، ولو عاملاً آخر بغير إذن ربِّ المال، كما ليس له أن يقارض أو يضارب بمضارب آخر، بأن يدفع له مال المضارب أو بعضه على سبيل القراض، فإذا خالف ضمن[2].

---

(1) الإبضاع من مال الشركة: بأن يعطي إنساناً مالاً ليشتري له بضاعة من بلد كذا، مجاناً من دون عوض.

(2) جاء في التقنين المالكي (م 428): إذا شارك عامل القراض عاملاً آخر بمال القراض أو باع بعض سلعة بدين بغير إذن رب المال، فإن العامل الأول يضمن ما يحصل في مال القراض من تلف أو خسارة في الحالتين.

ـ ولا يجوز للمضارب أن يبيع سلعة من سلع القراض أو أكثر بدين بلا إذن، فإن فعل ضمن.

ـ ولا يجوز له أن يشتري سلعة بالدَّين، فإن فعل ضمن ما اشتراه، وكان الربح له وحده، ولا شيء منه لربّ المال؛ لأنه ﷺ نهى عن ربح ما لم يُضْمن، فكيف يأخذ ربّ المال ربح ما يضمنه العامل في ذمته؟!

ـ ولا يجوز للمضارب أيضاً أن يشتري سلعاً للقراض بأكثر من مال المضاربة نقداً، أو إلى أجل، للنهي عن ربح ما لم يضمن، لأن العامل يضمن ما زاد في ذمته. فإن فعل كان ما يشتريه شركة بينه وبين رب المال، بنسبة ما زاد على مال القراض، إلا إذا رضي ربّ المال بالتصرف، فيكون المشترَىٰ من جملة مال القراض.

ـ ولا يجوز له أن يهب شيئاً من مال القراض من غير ثواب (عوض).

وليس للمضارب أخذ المال على سبيل القرض ليسلمه إلى مدين في بلد آخر يريده المقرض؛ لأنه يكون متحملاً تبعة مخاطر الطريق، ولأن دافع المال وهو المقرض استفاد من هذه العملية، وقد ثبت النهي عن قرض جر نفعاً، وهذه هي السُفتجة الممنوعة عند الجمهور[1].

مضاربة العامل بمال المضاربة:

اتفقت المذاهب على أنه لا يجوز للمضارب أن يضارب بالمال مع شخص آخر إلا إذا فوضه ربّ المال، لأن ربّ المال رضي بأمانة وخبرة العامل الذي تعاقد معه.

---

(1) راجع هذه الأحكام في الشرح الصغير 691/3، 693، 694، 695، الشرح الكبير 521/3. 524، الخرشي 211/6. 216، 226، بداية المجتهد 239/2، القوانين الفقهية: ص 283.

وبناء عليه، قال المالكية: يضمن العامل إذا قارض في مال القراض بغير إذن ربّ المال، بأن دفعه لعامل غيره يعمل فيه، لتعديه، والربح حينئذ للعامل الثاني ولربِّ المال، ولا ربح للعامل الأول؛ لأن ربح القراض جُعْل لا يستحق إلا بتمام العمل، والعامل الأول لم يعمل، فلا ربح له، ويغرم العامل الأول للثاني ما شرطه له من زيادة في الربح المستحق له من ربِّ المال[1].

جاء في التقنين المالكي(م 429): إذا دفع العامل مال القراض بغير إذن ربّ المال لشخص آخر ليعمل فيه قراضاً، فإن العامل الأول يضمن ما يحصل فيه من تلف أو خسارة، ولا شيء للعامل الثاني، وإن حصل فيه ربح فلا يأخذ العامل الأول منه شيئاً، ويأخذ منه العامل الثاني جزء الربح الذي جعل له إن كان مساوياً للجزء الذي كان مجعولاً للعامل الأول، فإن كان أقل منه، كان الزائد لربِّ المال، لا للعامل الثاني.

وفي المادة التالية (430): إذا اتجر العامل بمال القراض فخسر فيه، فدفع ما بقي منه بغير إذن ربِّ المال لعامل آخر يعمل فيه قراضاً وربح فيه، فإن ربَّ المال يأخذ جميع رأس ماله وحصته في الربح مما بيد العامل الثاني وربحه.

ويرجع العامل الثاني على العامل الأول بما يبقى له من حصته في الربح إذا لم يعلم بتعديه أو خسارته، فإن علم بتعديه أو خسارته، فلا حق له في الرجوع عليه بشيء.

ومثال ذلك: أن يدفع شخص ثمانين ديناراً لآخر قراضاً على النصف في الربح، فاتجر فيها فخسرت وصارت أربعين ديناراً، فدفع الأربعين الباقية بغير إذن ربّ المال لآخر قراضاً على النصف في الربح، فاتجر

---

(1) الشرح الصغير 695/3، الشرح الكبير 526/3.

بها الأخر فربحت وصارت مائة، فإن ربّ المال يأخذ منها رأس ماله وهو ثمانون وحصته من الربح وهي عشرة، ويأخذ العامل الثاني العشرة الباقية من المائة، ثم يرجع على العامل الأول بعشرين وهي تمام ماخصه من الربح وهو ثلاثون؛ لأن رأس المال الذي اتجر به أربعون صار مائة فيكون الربح ستين، والفرض أن له نصف الربح وهو ثلاثون. وإنما أخذ ربّ المال جميع رأس ماله من الأربعين وربحها؛ لأن خسارة مال القراض تجبر بالربح.

ويرجع العامل الثاني على العامل الأول بما بقي له مما خصه من الربح وهو عشرون، لتعديه بدفع مال القراض لغيره بدون إذن ربّ المال، ولم يكن له حق الرجوع عليه بشيء في حالة علمه بالتعدي أو الخسارة؛ لأنه إذا علم بتعديه كان شريكاً له في التعدي. وإذا علم بخسارته فقد رضي بجبرها من الربح، فلا حجة له في الرجوع عليه بشيء في الحالتين.

حقوق المضارب:

يستحق العامل المضارب بعمله في مال المضاربة شيئين وهما النفقة والربح المسمى في العقد.

أما النفقة من مال المضاربة: فيرى المالكية والحنفية أن للمضارب النفقة في السفر لا في الحضر من مال المضاربة بما يحتاج إليه من طعام وكسوة، إلا أن الإمام مالك قال: إذا كان المال يحمل ذلك[1]. ولا نفقة له من مال المضاربة في حال الإقامة وإنما في مال نفسه، إلا إذا كانت المضاربة تشغله عن الوجوه التي يقتات منها، فله حينئذ الإنفاق من مال المضارب. ودليلهم أنه لو لم تجعل نفقة المضارب من

---

(1) الشرح الكبير 530/3، القوانين الفقهية: ص 283، الشرح الصغير 701/3 ومابعدها.

مال المضاربة، لامتنع الناس من قبول المضاربات مع مساس الحاجة إليها.

ويرى الشافعية والحنابلة أنه لا نفقة للمضارب في السفر أو الحضر إلا بالشرط[1].

ونوع النفقة عند المالكية: ما يحتاج إليه المضارب من الطعام والشراب، والركوب، والمسكن، والحمام، والحجامة، وغسل الثوب، ونحو ذلك على وجه المعروف، حتى يعود لوطنه، وله أن يتخذ خادماً إذا كان أهلاً للإخدام.

وقدر النفقة: يكون بالمعروف عندالتجار من غير إسراف، فإن جاوز المعروف ضمن الفضل؛ لأن الإذن ثابت بالعادة، فيعتبر القدر المعتاد.

وما تحتسب منه النفقة: هو الربح إن حدث ربح، فإن لم يحدث فهي من رأس المال؛ لأن النفقة جزء هالك من المال، والأصل أن الهلاك ينصرف إلى الربح.

وشروط النفقة تتضح فيما يأتي[2] :

إذا سافر العامل للتجارة بمال القراض، جاز له أن ينفق منه على نفسه فقط بحسب ما جرى به العر ف إلى أن يرجع إلى بلده بالشروط الآتية:

1 ـ أن يكون سفره للتجارة فقط. فإن كان للتجارة وقضاء مصلحة لنفسه، فإن ماينفقه يوزع على عمل التجارة وقضاء المصلحة.

2 ـ ألا يدخل بزوجة تزوجها في البلد التي سافر للتجارة فيها. فإن

---

(1) المهذب، 387/1، المغني 64/5.

(2) التقنين المالكي (م 435) الشرح الصغير 701/3 ومابعدها.

دخل بها سقط حقه في الإنفاق على نفسه من مال القراض مدة إقامته معها.

3 ـ أن يكون مال القراض كثيراً بحيث يحتمل الإنفاق عُرفاً. فإن كان يسيراً فلا يجوز له الإنفاق منه.

وأما حق المضاربة الثاني فهو: الربح المسمى: من الربح الذي حققه العامل بعمله في المضاربة الصحيحة، فإن لم يكن ربح فلا شيء للمضارب؛ لأنه عامل لنفسه فلا يستحق الأجر.

ويظهر الربح بالقسمة، وشرط جواز القسمة: قبض رأس المال، فلاتصح قسمة الربح قبل أخذ رأس المال من يد المضارب.

حق ربّ المال وغرمه:

يستحق ربّ المال حصته من الربح المسمى إذا كان في المال ربح، وإن لم يكن، فلا شيء له على المضارب.

ويغرم ربّ المال ما تتعرض له التجارة من خسارة أو تلف سماوي. والخسارة: هي ما تنشأ عن تحريك المال بالشراء والبيع. والتلف: هو مالا ينشأ عن تحريك كتلف بعضه بأمر سماوي أو بأخذ لص.

فإذا نقص مال القراض بخسارة أو تلف بغير تعدّ، ولم يقبضه رب المال من العامل ناقصاً، فإن النقص يجبر بالربح، أي: يكمل منه ما نقصه بالخسارة أو التلف، حتى ولو شرط في العقد عدم الجبر، ويجب إلغاء الشرط، فإن قبضه منه ناقصاً ثم رده إليه للعمل فيه ثانياً أو تلف جميعه، وأتى له ببدله للعمل فيه، فلا يجبر النقص السابق بالربح في الحالتين، أي: حالتي قبضه ناقصاً وتلفه كله؛ لأنه حينئذ يصير قراضاً مؤتنفاً، فلا يجبر نقص الأول بربح الثاني.

فإن بقي من الربح شيء بعد الجبر، قسم بين ربّ المال والعامل.

حكم المضاربة الصحيحة والفاسدة:

للمضاربة أحكام سواء أكانت صحيحة أم فاسدة.

أما أحكام المضاربة الصحيحة: فقد أوضحتها فيما سبق وموجزها فيما يأتي:

لزومها: هي غير لازمة عند جمهور العلماء غير المالكية، ولو بعد العمل، فلكلٍّ من العاقدين فسخها متى شاء. ويرى المالكية: أنها لا تلزم بالعقد، ولكل من العاقدين الفسخ قبل الشروع في العمل وتزوُّد العامل له، فإن تزود العامل من مال القراض بأن اشترى السلع بمال القراض، فليس له الفسخ، ما لم يلتزم لربِّ المال غُرم ما اشترى به الزاد.

لكن لربِّ المال الفسخ قبل الشروع في العمل، وإن تزود العامل من مال القراض. أما بعد الشروع في العمل، فهي لازمة، ولا يجوز لأحد العاقدين فسخ العقد، ويبقى المال تحت يد العامل لنضوضه، أي تحوله نقوداً وخلوصه ببيع السلع، فإن طلب أحد العاقدين تنضيض المال، وطلب الآخر الصبر لغرض زيادة الربح، نظر الحاكم فيما هو الأصلح.

توزيع الربح والخسارة:

يصير المضارب بالعقد وكيلاً عن ربِّ المال إذا عمل، ويكون شريكاً في الربح على مقتضى ما حصل الاتفاق عليه. ويتحمل ربّ المال جميع الخسارة، ويخسر المضارب جهده وعمله، ويجبر الخسران بالربح كما تقدم بيانه، ومابقي من الربح فهو بين العاقدين على ما شرطا. ويكون الخسران والضياع على ربِّ المال دون العامل إلا أن يكون منه تفريط.

يد المضارب: يصير المال في يد المضارب أمانة بتسلمه، فيصدَّق

في دعوى تلف المال، وفي دعوى خسارته ورده لربِّ المال بيمين ما لم تقم قرينة أو بينة على كذبه.

نضوض المال: لا ربح للعامل في المال حتى يَنِضّ إلى ربِّ المال رأس ماله، أي: يسلم إليه نقداً[1].

حضور ربّ المال عند القسمة: قال ابن رشد: أجمع علماء الأمصار على أنه لا يجوز للعامل أن يأخذ نصيبه من الربح إلا بحضرة ربّ المال، وحضور ربّ المال شرط في قسمة المال، وأخذ العامل حصته، وأنه ليس يكفي في ذلك أن يقسمه بحضور بيِّنة ولا غيرها[2].

وأما أحكام المضاربة الفاسدة فهي ما يأتي:

إذا فسدت المضاربة كأن يقول شخص لآخر: صد بشبكتي الصيد بيننا، فلا يثبت فيها شيء من أحكام المضاربة الصحيحة، ويكون للعامل المضارب عند الحنفية، والشافعية، والحنابلة[3] أجر المثل، أي: مثل عمله، سواء كان في المضاربة ربح أو لا؛ لأن المضاربة الفاسدة في معنى الإجارة الفاسدة، والأجير فيها يستحق أجر المثل، ويبقى نصيب العامل والربح للمالك.

ويرى المالكية[4]: أنه في أحوال معدودة يرد العامل في المضاربة الفاسدة إلى قراض المثل، أي: مثل المال، لا مثل العامل، في الربح والخسارة وغيرهما، وفي غير تلك الأحوال يكون للعامل أجر المثل.

فإذا حدث ربح في الأحوال الأولى المعدودة، يثبت حق المضارب في الربح نفسه، لا في ذمة ربّ المال، حتى إذا هلك المال لم يكن

---

(1) المقدمات الممهدات 3\8.

(2) بداية المجتهد: 2\238.

(3) البدائع 6\108، مغني المحتاج 2\315، غاية المنتهى 2\179.

(4) الخرشي 6\205-208، الشرح الكبير 3\519-521، الشرح الصغير 3\686 وما بعدها، بداية المجتهد 2\240، القوانين الفقهية: ص 282.

للمضارب شيء، وهنا لم يكن ربح فلا شيء له.

والفرق بين قراض المثل وأجرة المثل: أن الأجرة تتعلق بذمة ربّ المال، سواء كان في المال ربح أو لم يكن. وقراض المثل هو على سنة القراض إن كان فيه ربح كان للعامل منه، وإلا فلا شيء له[1].

وأهم حالات رد المضاربة الفاسدة إلى قراض المثل: حالة القراض بالعروض التجارية، وحالة جهالة الربح وليس هناك عادة يحتكم إليها، وحالة توقيت القراض كسنة، مثل: اعمل به سنة، أو إضافة القراض للمستقبل مثل: إذا جاء الوقت الفلاني فاعمل به، وحالة الاشتراط على العامل ضمان رأس المال إن تلف بلا تفريط، أو قال له: اشتر بدين مؤجل فاشترى نقداً، فالربح له و الخسارة عليه؛ لأن الثمن صار قرضاً في ذمته، أو شرط عليه ما يقل وجوده، بأن يوجد تارة ويعدم أخرى، أو اختلف العاقدان بعد العمل في جزء الربح، وادعى كل من ربّ المال والعامل مالاً يشبه أن يكون له. كأن يقول العامل: الثلثين، وربّ المال: الثلث.

وأهم حالات وجوب أجرة المثل في ذمة المال للعامل، سواء حصل ربح أو لا في المضاربة الفاسدة ما يأتي:

وقوع القراض بدين لربِّ المال على العامل قبل قبضه منه، أو بوديعة له عند العامل قبل قبضها منه، واشتراط يد ربّ المال مع العامل في البيع والشراء والأخذ والعطاء، أو اشتراط مشاورته عند البيع والشراء، بحيث لا يعمل عملاً فيه إلا بإذنه، أوأن يشترط ربّ المال أميناً على العامل يراقبه، أو يشترط على العامل أن يخيط ثياب التجارة، أو يخرز الجلود المشتراة لها، أو يشترط عليه أن يشارك غيره في مال القراض، أو يخلط المال بماله أو بمال قراض عنده، أوأن يبضع بمال

---

(1) بداية المجتهد 241/2، المقدمات الممهدات 14/3 وما بعدها.

القراض، أي: يرسله أو بعضه مع غيره ليشتري به ما يتجر العامل به، ففي كلّ هذه الحالات يجب للعامل أجرة مثله.

وبناء عليه، أذكر نماذج مفصلة من حالات أجر المثل وحالات قراض المثل:

ـ إذا وقع القراض بدين لربِّ المال على العامل قبل قبضه منه، كان قراضاً فاسداً، ويستمر الدَّين في ذمة العامل، ويكون له ربح ما يعمل فيه من ماله، وعليه خسارته.

وإذا وقع بوديعة له عند العامل قبل قبضها منه، كان قراضاً فاسداً أيضاً. ويكون ربح الاتجار بها لربِّ المال والخسارة عليه، وللعامل أجرة مثله، ولا شيء له من الربح[1].

ـ إذا شرط ربّ المال على العامل مشاركته في عمل القراض أو مشاورته فيه، أو شرط عليه بلداً أو زمناً معيناً يتجر فيه، أو شخصاًمعيناً يشتري منه أو يبيع له، أو شرط عليه عملاً لا يقتضيه طبيعة العمل في القراض ولم تجر العادة به، كخياطة ثياب التجارة وخرز الجلود المشتراة لها ونحو ذلك، فإن عقد القراض يكون فاسداً، ويفسخ قبل الشروع في العمل وبعده، لما في اشتراطه من التحجير على العامل في عمله، ولما يلحقه من الضرر بإلزامه بعمل زائد على عمل القراض.

وفي حالة فسخ المضاربة بعد العمل يكون الربح لربِّ المال والخسارة عليه، وللعامل أجرة مثله، وأما ما اقتضته طبيعة العمل في القراض أو جرت العادة بقيام العامل به، فعلى العامل أن يتولاه بنفسه، ولا يفسد عقد القراض باشتراطه عليه[2].

---

(1) الشرح الصغير 686/3، التقنين المالكي (م 420).

(2) الشرح الصغير 690/3، التقنين المالكي (م 425).

ـ إذا لم يعين نصيب العامل من ربح القراض عند العقد، كما لو قال ربّ المال: اعمل في هذا المال قراضاً وأطلق، ولم يوجد في بلده عرف يعيّنه، كان قراضاً فاسداً للجهل بنصيب العامل. ويفسخ إن عثر على فساده قبل شروع العامل في العمل، فإن عثر على فساده بعد شروعه فيه، فلا يفسخ ويرد إلى قراض المثل بالنسبة لتوزيع الربح بين العامل وربّ المال، فإن وجد عرف في بلد العقد يعين نصيب العامل من الربح، فإنه يكون قراضاً صحيحاً، ويحمل نصيب العامل على ماجرى به العرف، من نصف أو ثلث أو نحو ذلك[1].

ـ إذا حدد العمل في القراض بمدة معينة كسنة من الآن، كان قراضاً فاسداً، ويفسخ قبل الشروع في العمل، ويرد بعد الشروع فيه إلى قراض المثل بالنسبة لتوزيع الربح بين العامل وربّ المال، أي: يرد إلى مثل المال الذي وقع به القراض الذي فسد بالنسبة لتوزيع ربحه بين العامل وربّ المال، ولا يوزع بينهما على حسب العقد الأول لفساده[2].

ـ إذا شرط ربّ المال على العامل ضمان رأس مال القراض إذا تلف أو ضاع ولو بغير تفريط منه، كان قراضاً فاسداً. ويفسخ قبل الشروع في العمل، ويرد بعد الشروع فيه إلى قراض المثل، ولا يعمل بشرط الضمان. وأما إذا تطوع العامل بالضمان، أي: التزمه من نفسه، أو شرط عليه ربّ المال أن يأتيه بمن يضمنه فيما يترتب على تعديه، أي: يتعلق بتعديه، فلا يفسد عقد القراض بذلك؛ لأن ضمان العامل في حالة التطوع لا إلزام فيه، لأنه هو الذي التزمه من نفسه، ولأن اشتراط الإتيان

---

(1) الشرح الصغير 687/3، التقنين المالكي (م 421).
(2) الشرح الصغير، المكان السابق، التقنين المالكي (م 422).

بضامن في حالة الاشتراط لا تعسف فيه؛ لأنه حق طبيعي لربِّ المال[1].

مبطلات المضاربة:

تنتهي المضاربة في الأحوال التالية:

1 ـ **فسخ العقد:** يرى المالكية أنه يجوز لكلٍّ من ربِّ المال والعامل حل عقد القراض قبل شروع العامل في العمل وهو شراء سلع التجارة، أو سفر العامل لشرائها، فإذا شرع فيه، صار العقد لازماً لهما، ووجب إبقاء رأس مال القراض تحت يد العامل إلى نضوضه (تحوله نقوداً) ببيع السلع ورجوعه نقداً كما كان.

وإذا طلب أحدهما تعجيل النضوض وطلب الآخر تأخيره، فإنه يقضى بينهما بما هو الأصلح من التعجيل أو التأخير[2]. والمراد بطلب تعجيل النضوض: هو استعجال بيع السلع ورجوع رأس مال القراض نقداً كما كان قبل أن تشترى به السلع. والمراد بطلب تأخيره: هو طلب تأخير بيع السلع لغرض كزيادة ربح.

ويرى بقية المذاهب: أن المضاربة تنتهي بفسخ العاقدين أو أحدهما، وبالنهي عن التصرف أو العزل بشرط علم صاحبه بالفسخ والنهي، وأن يكون رأس المال ناضاً، أي: نقداً وقت الفسخ والنهي، حتى يتبين وجود الربح، فإن كان متاعاً لم يصح العزل؛ لأن العقد غير لازم قبل الشروع في العمل وبعده في رأيهم[3].

2 ـ **موت أحد العاقدين:** تنتهي به المضاربة عند غير المالكية،

---

(1) الشرح الصغير 687/3 - 688، التقنين المالكي (م 423).

(2) الشرح الكبير للدردير 535/3، التقنين المالكي (م 417).

(3) البدائع 112/6 وما بعدها، مغني المحتاج 319/2 ما بعدها، كشاف القناع 269/2.

كالوكالة، سواء علم المضارب بموت ربّ المال أو لم يعلم؛ لأن الموت عزل حكمي، فلا يقف على العلم.

ويرى المالكية[1] أن المضاربة لا تنفسخ بموت أحد المتقارضين، ولورثة العامل القيام بالمضاربة إن كانوا أمناء، وإلا أتوا بأمين.

لكن رتب المالكية على الموت ما يأتي:

إذا اشترى العامل بمال القراض سلعاً للتجارة بعد علمه بموت ربّ المال وبدون إذن من ورثته، فإنه يضمنه لهم، ولو اشترى به وهو في غير بلد العقد؛ لأنه بموت ربّ المال، صار مال القراض ملكاً للورثة، فشراؤه به شيئاً يكون تعدياً منه، فيلزمه ضمانه.

فإن حصل الشراء قبل علمه بموته فلا ضمان عليه؛ لأنه لما لم يعلم بموت ربّ المال، لم يكن الشراء بمال القراض تعدياً منه، فلا يلزمه ضمانه.

وإذا اشترى به السلع قبل موت ربّ المال وباعها بعد علمه بموته، فخسر فيها، فلا يضمن الخسارة للورثة؛ لأن بيعه للسلع تابع لما عمله قبل موت ربّ المال، ومكمل له، وليس للورثة أن يمنعوه من إكمال القراض، فلا يكون متعدياً بالبيع، فلا يضمن الخسارة[2].

ـ وإذا مات العامل قبل أن يرد مال القراض لربه، ولم يعينه بعزله عن ماله قبل موته، بأن لم يقل: هذا المال كان قراضاً عندي لفلان، فردوه له، فإن ربَّ المال يحاصص به غرماءه في تركته، أي: يقاسمهم، لاحتمال أنه أنفقه أو تلف بتفريطه. فإن عينه قبل موته ووجد ماعينه في تركته، أخذه ربه واختص به عن الغرماء؛ لأنه تبين أنه لم

(1) القوانين الفقهية: ص 283.
(2) التقنين المالكي (م 312).

يحصل منه إنفاق ولا إتلاف له، فلا يكون ضامناً له، ولا يكون لربِّ المال حق في تركته.

وإن لم يوجد فيها (في التركة) فلا شيء له في التركة.

ويُعمل بتعيين العامل لمال القراض مطلقاً إن كان غير مفلس؛ لأنه لا يتهم في تعيينه لعدم تفليسه. فإن كان مفلساً فلا يعمل بتعيينه إلا إذا ثبت أصل القراض ببينة؛ لأنه يتهم في إقراره بالقراض وتعيينه لعدم ثبوت أصل القراض بالبينة[1].

3 ـ **انتهاء عمل المضاربة وتنضيض رأس المال:** تنتهي المضاربة بانتهاء العمل الذي اتفق عليه العاقدان. ويتم العمل في القراض بنضوض رأس المال ورجوعه نقداً كما كان. ويترتب على تمام العمل بالنضوض أنه لايجوز للعامل أن يستأنف الاتجار به إلا بإذن من ربِّ المال إن حصل النضوض في بلد العقد. فإن حصل في بلد آخر جاز له أن يستمر في الاتجار به إلى أن يصل إلى بلد العقد إلا أن يمنعه رب المال من الاتجار به بعد نضوضه، فلا يجوز له ذلك؛ لأنه تصريح بعدم تجديد العقد[2].

4 ـ **جنون أحد العاقدين جنوناً مطبقاً:** وهذا عند الجمهور غير الشافعية؛ لأن الجنون يبطل الأهلية، فتبطل به المضاربة كما تبطل الوكالة، والإغماء مثل الجنون، وكذا الحجر على ربِّ المال نفسه. ولم يشترط الشافعية كون الجنون مطْبِقاً. ولم يرالحنفية الحجر على المضارب للسفه مبطلاً المضاربة.

5 ـ **الردّة:** تبطل المضاربة كما ذكر الحنفية بردة ربِّ المال عن الإسلام وموته أو قتله مرتداً، أو لحاقه بدار الحرب وقضاء القاضي

---

(1) التقنين المالكي (م 438).

(2) التقنين المالكي (م 418).

بلحاقه؛ لأن اللحوق بدار الحرب بمنزلة الموت، وهو يزيل أهلية ربّ المال؛ لأن المرتد يقسم ماله بين ورثته.

6 ـ هلاك مال المضاربة في يد المضارب: تبطل المضاربة إذا هلك رأس المال في يد المضارب قبل أن يشتري به شيئاً؛ لأن المال تعين لعقد المضاربة بالقبض، فيبطل العقد بهلاكه كالوديعة. والاستهلاك كالهلاك.

اختلاف ربّ المال والعامل المضارب:

قد تحدث اختلافات كثيرة بين ربّ المال والمضارب، منها ما يأتي:

(أ) ـ الاختلاف في رد المال: إن اختلف العاقدان في رد المال، فادعاه العامل، وأنكر ربّ المال، فالقول عند المالكية والشافعية في الأصح هو قول المضارب بيمينه؛ لأنه أمين كالوديع[1]، وعند الحنفية والحنابلة قول ربّ المال؛ لأن المضارب قبض المال لنفع نفسه، فلم يقبل قوله بالنسبة للرد كالمستعير[2].

(ب) ـ الاختلاف في قدر رأس المال: إن اختلف العاقدان في قدر رأس المال، يقبل قول المضارب بالاتفاق[3]، كأن قال ربّ المال: دفعت إليك ألفين، وقال المضارب: دفعت إليَّ ألفاً، فيقبل قول المضارب؛ لأن ربّ المال يدعي زيادة، والمضارب منكر، والقول قول المنكر، كما لو أنكر القبض أصلاً فقال: لم أقبض منك شيئاً.

(جـ) ـ الاختلاف في جزء الربح: إذا اختلف عامل القراض وربّ

---

(1) الشرح الكبير 536/3، المهذب 389/1.

(2) البدائع 108/6، المغني 70/5.

(3) بداية المجتهد 241/2، تبيين الحقائق 74/5، مغني المحتاج 321/2، غاية المنتهى 178/2.

المال بعد الشروع في العمل في جزء الربح المجعول للعامل، وادعى كلٌ منهما جزءاً غير معتاد بين الناس، فإنه يقضى بينهما بالجزء المعتاد في قراض المثل، فإن انفرد أحدهما بدعوى الجزء المعتاد فالقول له. وإن ادعى كل منهما جزءاً معتاداً فالقول للعامل، لرجحان جانبه بالعمل، ولأنه أمين.

وأما إذا اختلفا في جزء الربح قبل الشروع في العمل، فالقول لربّ المال مطلقاً؛ لأن عقد القراض غير لازم قبل الشروع في العمل، فلرب المال التحلل منه في جميع الحالات.

مثال ادعاء كل منهما جزءاً غير معتاد بين الناس: أن يقول ربّ المال للعامل: جعلت لك سدس الربح، ويقول العامل: بل جعلت لي الثلثين، وكان الجزء المعتاد بين الناس ثلث الربح أو نصفه[1].

وقال الحنفية والحنابلة في الأرجح: القول قول ربّ المال؛ لأنه منكر الزيادة على ما يدعيه العامل، والقول قول المنكر[2]. وقال الشافعية: يتحالفان كاختلاف المتبايعين في قدر الثمن، ثم يفسخان أو يفسخه أحدهما أو الحاكم[3].

(د) ـ الاختلاف بين القراض والإجارة: إذا ادعى العامل الذي يتجر بمال الغير أنه يتجر به قراضاً، وادعى ربّ المال أن العامل يتجر به بأجر، أو ادعى كل منهما العكس، فالقول في الصورتين للعامل بيمينه، لرجحان جانبه بالعمل، هذا إذا كان التنازع بعد الشروع في العمل، فإن وقع التنازع قبل الشروع في العمل، فلا يقبل قول العامل مطلقاً؛ لأن

(1) الشرح الكبير 537/3، الشرح الصغير 708/3، بداية المجتهد 241/2، التقنين المالكي (م 424).

(2) المبسوط 89/22، غاية المنتهى 178/2.

(3) مغني المحتاج 322/2.

ربّ المال له حل عقد القراض حينئذ[1].

(هـ) ـ الاختلاف بين القرض والقراض: إذا ادعى العامل أن المال الذي يتجر به أخذه من ربه قراضاً، وادعى ربّ المال أنه دفعه إليه قرضاً، فالقول عند المالكية لربّ المال بيمينه، لرجحان جانبه بأن الأصل في وضع اليد على مال الغير هو الضمان، كما هو مقتضى دعوى ربّ المال. وقال غير المالكية: القول للمضارب؛ لأنه ينكر ما يدعيه عليه ربّ المال من الضمان.

وإن ادعى كل منهما العكس فالقول للعامل بيمينه، لرجحان جانبه بأن الأصل اختصاص العامل بثمرة عمله، كما هو مقتضى دعوى العامل، بخلاف دعوى رب المال فإنها تقتضي مشاركته للعامل في ربح عمله، وهو خلاف الأصل[2].

(و) ـ الاختلاف بين القراض والإبضاع: إذا قال العامل: هو قراض، وقال ربّ المال: هو بضاعة عندك لتشتري لي به سلعة كذا بأجر، أو العكس، فالقول عند المالكية للعامل في الصورتين إن كانت المنازعة بعد الشروع في العمل الموجب للزوم القراض، وأن يكون مثله يعمل في القراض؛ لأن الاختلاف بينهما يرجع للاختلاف في جزء الربح، وقد أوضحت أنه يقبل فيه قول العامل إذا كان اختلافهما بعد العمل[3].

وقال الحنفية والحنابلة: القول قول ربّ المال؛ لأن الشيء المدفوع ملكه، فالقول قوله في صفة خروجه عن يده، ولأن المضارب يدعي على رب المال التمليك، وهو منكر[4].

---

(1) الشرح الصغير 705/3، التقنين المالكي (م 436).
(2) الشرح الصغير 708/3، الشرح الكبير 537/3، التقنين المالكي (م 437).
(3) الشرح الصغير 707/3، الشرح الكبير 536/3.
(4) تبيين الحقائق 75/5، المغني 71/5.

(ز) ـ الاختلاف بين الصحة والفساد: إذا ادعى العامل أو ربّ المال ما يقتضي صحة عقد القراض، وادعى الآخر ما يقتضي فساده، فالقول لمن ادعى ما يقتضي الصحة بيمين؛ لأن الأصل في العقود الصحة حتى يثبت ما يقتضي فسادها[1].

* * *

---

(1) الشرح الصغير 708/3، الشرح الكبير 537/3، التقنين المالكي (م 439).

الفَصلُ الحَادِي عَشَر
المزَارعَة والمسَاقَاة والمغَارسَة

هذه العقود الثلاثة ترد على استثمار الأرض واستخراج ما فيها من خيرات ومنافع كثيرة للإنسان، والمزارعة من أجل الزرع، والمساقاة والمغارسة في الأصل من أجل الشجر.

قال القرطبي: الزراعة من فروض الكفاية، فيجب على الإمام أن يجبر الناس عليها وما كان في معناها من غرس الأشجار[1].

أخرج البخاري ومسلم عن أنس رضي الله عنه أن النَّبي ﷺ قال: «ما من مسلم يغرس غرساً أو يزرع زرعاً، فيأكل منه طير أو إنسان أو بهيمة إلا كان له به صدقة».

وأخرج الترمذي عن عائشة، قالت: قال رسول الله ﷺ: «التمسوا الرزق من خبايا الأرض».

وأبحث هنا هذه العقود الثلاثة التي هي شركات في الزرع أو الشجر[2].

---

(1) مواهب الجليل 176/5.

(2) الشجر: ماله ساق ثابت في الأرض كالنخل والعنب والتفاح، والزرع: ما لا ساق له كالقمح والشعير والذرة.

المزارعة أو المخابرة

تعريفها ومشروعيتها وأركانها، صفة عقدها، شروط صحتها، وأحكامها، انتهاؤها.

تعريف المزارعة:

المزارعة في اللغة: الإنبات، أو المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها، وشرعاً كما أبان المالكية: هي عقد على الشركة في الزرع. وتسمى أيضاً: المخابرة والمحاقلة.

مشروعيتها:

لم يجز المزارعةَ أبو حنيفة والشافعي رحمهما الله؛ لأن النَّبي ﷺ ـ فيما أخرجه مسلم عن جابر بن عبد الله ـ «نهى عن المخابرة» وهي المزراعة، ولأن أجر العامل المزارع مما تنتجه الأرض إما معدوم لعدم وجوده عند العقد أو مجهول، وقد لا تخرج الأرض شيئاً، وإذا أخرجت كان الناتج مجهولاً، وكل من انعدام محل العقد والجهالة مفسد عقد الإجارة.

ويؤيدهما النهي عن كراء الأرض بما يخرج منها، وصحة كراء الأرض بأجرة معلومة من الذهب والفضة وغيرهما من سائر الأشياء المتقومة، أخرج مسلم، وأبو داود، والنسائي عن حنظلة بن قيس رضي الله عنه، قال: «سألت رافع بن خَديج عن كراء الأرض بالذهب والفضة، فقال: لابأس به، إنما كان الناس يؤاجرون على عهد

رسول الله ﷺ على الماذيّانات[1] وأقبال الجداول[2] وأشياء من الزرع، فيهلك هذا، ويسلم هذا، ولم يكن للناس كراء إلا هذا، فلذلك زجر عنه، فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس به».

فتجوز المزارعة بالنقد وبالطعام وبغيرهما من الأموال.

وأجازها الشافعية تبعاً للمساقاة للحاجة بشرط اتحاد العمل وعسر إفراد النخل بالسقي، والأرض بالعمارة.

وأجاز المزارعةَ المالكية في المشهور عندهم والحنابلة والصاحبان من الحنفية، وبرأيهما يفتى عند الحنفية، لما أخرجه الجماعة[3] أن النَّبي ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج (أي من الأرض) من ثمر أو زرع[4]، ولأنهما عقد شركة بين المال والعمل، فتجوز كالمضاربة، لدفع الحاجة، فصاحب الأرض أو المال قد لا يحسن الزراعة، والعامل يتقنها، فيتحقق بتعاونهما الخير والإنتاج.

ورَدَّ زيد بن ثابت، وابن عبَّاس، وغيرهما ما ذكره رافع بن خديج، وحملوه على الإرشاد إلى ما هو خير وتعاون بين الناس في زراعة الأرض دون إجارتها.

وقال الشوكاني: حديث رافع يدل على تحريم المزارعة على ما يفضي إلى الغرر والجهالة ويوجب المشاجرة، وعليه تحمل الأحاديث الواردة في النهي عن المخابرة، كما هو شأن حمل المطلق على المقيد، ولا يصح حملها على المخابرة التي فعلها النَّبي ﷺ في خيبر، لما ثبت

---

(1) ليست عربية: ولكنها سوادية، والمراد بها في الأصل مسايل المياه، فسمي النابت عليها باسمها.

(2) أوائل الجداول.

(3) أحمد وأصحاب الكتب والستة.

(4) نيل الأوطار 272/5.

من أنه ﷺ استمر عليها إلى موته، واستمر على مثل ذلك جماعة من الصحابة، ويؤيد هذا تصريح رافع في هذا الحديث بجواز المزارعة على شيء معلوم مضمون. ثم ارتأى الشوكاني أن أحاديث النهي عن المخابرة ليست ناسخة لما فعله ﷺ في خيبر، لموته وهو مستمر على ذلك، وتقريره لجماعة من الصحابة عليه. وليست أيضاً منسوخة بفعله ﷺ وتقريره، لصدور النهي عنه في أثناء مدة معاملته.

والجمع ما أمكن بين الأحاديث هو الواجب، وقد أمكن هنا بحمل النهي على معناه المجازي، وهو الكراهة. وأما حديث رافع بالنهي عن كراء الأرض بثلث ولا ربع ولا بطعام مسمى عند ابن ماجه وأبي داود، ففي إسناده بكر بن عامر البجَلي الكوفي، وهو متكلم فيه[1].

أركانها:

للمزارعة عند الجمهور أركان ثلاثة: صاحب الأرض (المالك) والعامل (المزارع) ومحل العقد المتردد بين أن يكون منفعة الأرض أو عمل العامل. ولها عند الحنفية ركن واحد: هو الإيجاب والقبول، كأن يقول صاحب الأرض للعامل: دفعت إليك هذه الأرض مزارعة بكذا، ويقول العامل: قبلت أو رضيت، أو ما يدل على قبوله ورضاه.

صفة عقدها:

المزارعة عند الحنفية والحنابلة عقد غير لازم كبقية الشركات، فيكون لكل طرف فسخها، ويبطل العقد بموت أحد العاقدين[2]. وهي عند المالكية عقد غير لازم قبل البذر ونحوه، وتلزم بالبذر ونحوه، أي:

---

(1) نيل الأوطار 276/5 - 277.

(2) الشرح الصغير 492/3 وما بعدها، الشرح الكبير 372/3، مواهب الجليل 176/5.

بإلقاء الحب على الأرض لينبت، أو بوضع الزريعة في الأرض مما لا بذر لحبه كالبصل ونحوه.

شروط صحتها:

اشترط المالكية لصحة المزارعة الشروط التالية[1]:

1 ـ **أهلية العاقدين لمباشرة عقود المعاوضات**: بأن يكون العاقد مميزاً عاقلاً لصحة العقد، وبالغاً رشيداً طائعاً للزوم العقد، فلا يصح عقد غير المميز، والمجنون، ولا يلزم عقد المميز غير البالغ، والمحجور عليه لسفه أو رق، والمكره.

2 ـ **السلامة من كراء الأرض بما هو ممنوع**: وهو الطعام ولو لم تنبته الأرض كعسل النحل، وما تنبته الأرض ولو غير طعام كالقطن والكتان، فلا بد لصحة المزارعة من كرائها بالنقود أو العروض التجارية أو الحيوانات، فإن لم تسلم المزارعة مما هو ممنوع الكراء به كانت فاسدة.

ودليلهم على اشتراط هذا الشرط: النهي عن كراء الأرض بما يخرج منها، فلا تصح في مقابل جزء من الخارج، أخرج أحمد، والبخاري، والنسائي عن رافع بن خديج قال: حدثني عَمّاي أنهما كانا يكريان الأرض على عهد رسول الله ﷺ بما ينبت على الأرْبِعَاء[2] وبشيء يستثنيه صاحب الأرض، قال: فنهى النّبي ﷺ عن ذلك.

وحديث رافع عند أبي داود، والنسائي، وابن ماجه بلفظ: «من

---

(1) الشرح الكبير 372/2 ومابعدها، الشرح الصغير 494/3 وما بعدها، القوانين الفقهية: ص 280.

(2) جمع ربيع: وهوالنهر الصغير كنبي وأنبياء، ويجمع على ربعان كصبي وصبيان.

كانت له أرض فليزرعها أو ليُزرعها، ولا يكارها بثلث، ولا ربع، ولا بطعام مسمى»[1].

3 ـ تكافؤ الشريكين فيما يقدمان وفي الربح: بأن يكون مقابل الأرض عمل حيوان ونحوه، والربح بنسبة ما يقدمه كل منهما، فإن اتفقا على التفاوت بينهما فيما يقدمه كل منهما، وعلى التفاوت في الربح، كانت المزارعة فاسدة، كأن كانت أجرة الأرض تعادل مائة، وما يقابلها من عمل الحيوان يساوي مائة، والربح بينهما مناصفة، فتصح المزارعة وإلا فسدت.

ويجوز لأحدهما التبرع للآخر بالزيادة من عمل أو ربح بعد لزوم الشركة.

4 ـ تقديم البذر من كلا العاقدين: وأن يتماثل البذران المقدمان من كلا الطرفين نوعاً، كقمح أو شعير أو فول، فإن قدم أحدهما بذراً غير ما قدم الآخر، كأن أخرج أحدهما فولاً، والآخر شعيراً مثلاً، فسدت المزارعة، ولكلٌ واحد ما أنبته بذره، ويرجع كل منهما في الكراء على الآخر.

وبه يتبين أن المالكية يشترطون تقديم البذر من كلا العاقدين وتساويهما فيه نوعاً، وتماثلهما في الربح، وفيما يقدمه كل منهما من شيء عيني كأرض وحيوان، وألا تكون المزارعة بجزء ناتج من الأرض، وإنما بعوض آخر غير محصول الأرض وغير طعام. وأوجز بعض المالكية ما يشترط في المزارعة بشرطين: أن تسلم من كراء الأرض بما يخرج منها، وأن يتساوى الطرفان فيما يخرج من الربح على قدر ما أخرجا، أي: بنسبة ما لكلٍ من الأرض والعمل والبذر.

---

(1) لكن في إسناده كما تقدم بكر بن عامر البجلي الكوفي، وهو متكلم فيه (نيل الأوطار 277/5) وفيه اضطراب.

وأجاز غير المالكية المشاركة في الناتج من الأرض والتفاوت فيه كالثلث، والثلثين، والربع، والثلاثة أرباع، ويتعين الأخذ بقول هؤلاء القائلين بجواز المزارعة ولو اشتملت على كراء الأرض بجزء مما يخرج منها، لإقرارها من النبي ﷺ في آخر أحواله.

وأجاز الحنفية كون البذر من المالك أو العامل، خلافاً للشافعية والحنابلة الذين اشترطوا كون البذر من المالك.

وشروط المزارعة عندالحنفية بإيجاز ثمانية هي[1]:

1 ـ أهلية العاقدين.

2 ـ صلاحية الأرض للزراعة، لأنها المقصودة من العقد.

3 ـ التخلية بين الأرض والعامل، فإذا شرط على صاحب الأرض أن يعمل فسدت؛ لأن ذلك يحول دون التخلية، ويؤدي إلى النزاع.

5- 4 ـ الشِّركة في الناتج مع بيان نصيب كل منهما فيه تحقيقاً لمعنى الشِّركة، وتجنباً للمنازعة.

6 ـ بيان من عليه البذر منعاً للمنازعة، وإعلاماً للمعقود عليه: وهو منافع الأرض، أو منافع العامل.

7 ـ بيان نوع البذر الذي سيبذر في الأرض للزراعة، والاستحسان أن بيان ما يزرع في الأرض ليس بشرط، ويكفي العرف في ذلك.

8 ـ تعيين مدة العقد بحيث تتسع لزرع الأرض وإدراك ما يزرع فيها والمفتى به أنه لا يشترط ذلك.

أحكام المزارعة:

لكلٍّ من المزراعة الصحيحة، والفاسدة أحكام.

---

(1) الدر المختار ورد المحتار5/193.

أما أحكام المزارعة الصحيحة فهي ما يأتي:

ـ يكون الخارج من الأرض بين الشركاء بحسب الاشتراط والاتفاق، فإن لم تخرج الأرض شيئاً، فلا شيء للمزارع، إذ لا استحقاق له إلا في الخارج.

ـ تلزم المزارعة عند المالكية بالبذر ونحوه، كما تقدم.

ـ على العامل بعد الحرث والزرع ما يحتاج إليه من خدمة وسقي وتنقية وحصاد ونقله إلى الأندر (البيدر) ودراسته فيه، وتصفيته إلى أن يصير حباً مصفى، فيقسمانه على الكيل[1].

وأما أحكام المزارعة الفاسدة فهي ما يأتي:

ـ إذا وقع عقد المزارعة فاسداً وعرف فساده قبل الشروع في العمل، وجب فسخه.

وإذا فسد عقد المزارعة وعرف فساده بعد الشروع في العمل، فلا يفسخ، ويكون الزرع بين الشريكين بحسب ما لكلٍّ من الأرض والعمل والبذر إن اشتركا في الثلاثة أو في اثنين منها، إلا أن ينفرد أحدهما باثنين منها، فله جميع الزرع، وللآخر أجرة ما انفرد به إن كان أرضاً أو عملاً، ومثله إن كان بذراً.

فإذا انفرد أحدهما بالأرض فله أجرتها، والزرع كله لصاحب العمل والبذر. وإذا انفرد بالعمل فله أجرة عمله والزرع لصاحب الأرض والبذر. وإذا انفرد بالبذر، فله بذره، والزرع لصاحب الأرض والعمل.

والخلاصة: إن من اجتمع له شيئان من مكونات المزارعة: وهي الأرض، والعمل، والبذر، يكون له الزرع، ومن له شيء واحد منها

---

(1) التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل 177/3.

يكون له أجرته إن كان أرضاً أو عملاً، ومثله إن كان بذراً[1].

انتهاء المزارعــة:

تنتهي المزارعة عند المالكية بانتهاء مدتها، فإذا انتهت والزرع لم يدرك بعد، بقي الزرع في الأرض، وعلى المزارع أجر ما تشغله حصته في الزرع من الأرض. وهذا رأي الحنفية أيضاً.

ولا تنتهي المزارعة عندالمالكية والشافعية خلافاً للحنفية والحنابلة كالإجارة بموت أحد العاقدين، وإذا مات مالك الأرض قبل انتهاء مدة المزارعة، والزرع لم يدرك بعد، وأراد المزارع المضي في عمله، كان له ذلك، وليس لوارث المالك منعه.

وإذا مات العامل قبل إدراك الزرع، كان لورثته أن يقوموا مقامه، حتى يدرك الزرع، رضي بذلك مالك الأرض أو أبى.

وبالرغم من انتهاء المزارعة عند الحنفية بالموت قالوا: لو مات ربّ الأرض والزرع لم يدرك، فإن العامل أو ورثته يظل ملزماً بالعمل؛ لأن العقد يوجب على العامل عملاً يحتاج إليه الزرع إلى نضوج الزرع، ويبقى العقد استحساناً للضرورة لانتهاء الزرع إذا مات أحد العاقدين، ولا يلزم العامل بأجر الأرض.

* * *

---

(1) شرح مجموع الأمير 178/2، التقنين المالكي (م 464) القوانين الفقهية: ص281.

المساقاة أو المعاملة

تعريفها ومشروعيتها، وأركانها وصفة عقدها، ومواردها، وشروطها، وأحكامها، وانتهاؤها، واختلاف العاقدين.

تعريف المساقاة:

المساقاة لغة وعرفاً: مأخوذة من سقي الثمرة؛ لأنه معظمها، وتسمى عند أهل المدينة: المعاملة، من العمل، ويفضل اسم المساقاة لما فيها من السقي غالباً.

واصطلاحاً عند المالكية: هي عقد على القيام بمؤونة (خدمة) شجر أو نبات، بجزء من غلته، بصيغة: ساقيت أو عاملت فقط. فلا تنعقد من الموجب بلفظ إجارة أو شركة أو بيع، ويكفي القابل أن يقول: قبلت أو رضيت ونحو ذلك[1].

فهي إذن عقد بين عامل ومالك شجر أو زرع، على أن يقوم العامل بخدمة الشجر أو الزرع مدة معلومة، في نظير جزء شائع من غلته[2]. وخدمة الشجر أو الزرع: هي سقيه وتنقيته ونحو ذلك مما يحتاج إليه. والمراد بالشجر: ما يشمل النخيل والعنب وغيرهما من أنواع الشجر. والمراد بالزرع: ما قابل الشجر من الأصول غير الثابتة، أي: التي لا يطول مكثها في الأرض، كالقمح، والفول، والذرة، والبطيخ، والخيار. والمراد بجزء الغلة المجعول للعامل: هو نصف الغلة أو ثلثها

---

(1) الشرح الصغير 712/3، الشرح الكبير 539/5.

(2) التقنين المالكي (م 440).

مثلاً، لا القدر المعين بكيل أو وزن.

مشروعيتها:

لا تجوز المساقاة عند أبي حنيفة وزفر[1] كالمزارعة؛ لأنها استئجار ببعض الخارج، وهو منهي عنه، قال النَّبي ﷺ: «من كانت له أرض فليزرعها، ولا يكريها بثلث، ولا ربع، ولا بطعام مسمى»[2].

وأجازها الصاحبان من الحنفية وبرأيهما يفتى عندهم، والمالكية، والشافعية، والحنابلة[3] استدلالاً بمعاملة النَّبي ﷺ أهل خيبر، أخرج الجماعة عن ابن عمر: «أن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من ثمر أو زرع» والناس بحاجة إليها؛ لأن مالك الأشجار قد لا يحسن تعهدها، أو لا يتفرغ لذلك، والعامل يحتاج للعمل.

وقد عمل بها النَّبي ﷺ، وأزواجه، والخلفاء الراشدون، وأجمع الصحابة على جوازها.

قال المالكية: هي مستثناة من أصول أربعة، كل واحد منها يدل على المنع:

الأول: الإجارة بالمجهول؛ لأن نصف الثمرة مثلاً مجهول.

الثاني: كراء الأرض بما يخرج منها.

الثالث: بيع ما لم يخلق، أو بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، بل قبل وجودها.

الرابع: الغرر: لأن العامل لا يدري أتسلم الثمرة أم لا، وعلى تقدير

---

(1) البدائع 185/6.

(2) حديث متفق عليه عن رافع بن خديج، لكنه حديث مضطرب جداً.

(3) القوانين الفقهية: ص 279. بداية المجتهد 242/2، تكملة فتح القدير 45/8 وما بعدها، مغني المحتاج 322/2 ومابعدها، المغني 384/5.

سلامتها لا يدري كيف يكون مقدارها[1].

أركانــها:

للمساقاة عند غير الحنفية أربعة أركان عدا العاقدين:

1 ـ محل العقد أو المعقود عليه: وهو عند المالكية الأشجار المثمرة، وسائر الزروع، والأصول الثابتة كالنخيل، وكرم العنب، والتفاح، والرمان.

2 ـ الجزء المشترط للعامل من الثمرة.

3 ـ العمل.

4 ـ الصيغة: وهي ما ينعقد العقد به من الإيجاب والقبول، بلفظ معين عند المالكية، وهو ساقيت أو عاملت فقط، ويقول الآخر: قبلت أو رضيت ونحو ذلك كما تقدم.

وللمساقاة ركن واحد عند الحنفية: وهو الإيجاب والقبول، كالمزارعة.

صفة عقدها:

المساقاة عند الجمهور غير الحنابلة: من العقود اللازمة، فليس لأحد العاقدين فسخها بعد العقد، دون الآخر، ما لم يتراضيا عليه، وهذا قول أكثر الفقهاء، لأنها عقد معاوضة، فكان لازماً كالإجارة، ولأنه لو كان عقداً جائزاً غير لازم، جاز لربِّ المال فسخه إذا أدركت الثمرة، فيسقط حق العامل، فيتضرر. وظاهر كلام أحمد أن المساقاة والمزارعة من العقود الجائزة غير اللازمة[2] لما رواه مسلم عن ابن عمر في قصة خيبر: أن رسول الله ﷺ قال: «نقرّكم على ذلك ما شئنا»

---

(1) حاشية الصاوي على الشرح الصغير 711/3، القوانين الفقهية: ص 279.

(2) الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه 713/3، تبيين الحقائق 284/5، مغني المحتاج: 328/2، المغني 372/5 ومابعدها.

وتختلف عن الإجارة لأنها بيع، فكانت لازمة كبيع الأعيان، ولأن عوضها مقدر معلوم، فأشبهت البيع.

مورد المساقاة: مورد المساقاة عند المالكية[1]: الزروع ما عدا البقول كالحِمِّص والفاصولياء، والأشجار المثمرة ذات الأصول الثابتة مثل كرم العنب، والتفاح، والرمان، ونحوها.

ومورودها عند الحنفية: الشجر المثمر، وغير المثمر، كشجر الحور، والصفصاف، ونحو ذلك، وخصها الحنابلة بالأشجار المثمرة المأكولة فقط دون غير المثمرة، وقصرها الشافعية على النخل والعنب فقط[2].

شروط المساقاة:

يشترط لصحة المساقاة شروط في المعقود عليه، وفي الجزء المساقى به وفي المدة[3].

وأما شروط المعقود عليه من شجر وزرع فهي ثلاثة شروط:

1 ـ **أن يكون الشجر مما يثمر في عام عقد المساقاة:** فإن كان لا يثمر أصلاً كالأثل، والطرفاء، وأشجار الحور، والكينا، أو لا يثمر في عام عقد المساقاة كصغار النخل والشجر التي لا تبلغ حد الإثمار في عام عقد المساقاة، فلا تصح المساقاة؛ لأن شرط الجزء المجعول للعامل: أن يكون من غلة الشجر المساقى عليه، وما لا يثمر لا يحقق ذلك، ولأن في المساقاة فيما لا يثمر في عامه جهالة وغرراً بالنسبة لجزء الغلة المجعول للعامل.

---

(1) الشرح الصغير 713/3 وما بعدها، القوانين الفقهية: ص 279، بداية المجتهد 243/2 وما بعدها.

(2) تبيين الحقائق 284/5، رد المحتار 200/5 ومابعدها، مغني المحتاج 323/2، كشاف القناع 523/3.

(3) الشرح الصغير 713/3 - 720، الشرح الكبير 539/3 وما بعدها، القوانين الفقهية: ص 279، مواهب الجليل 373/5 ومابعدها.

2 ـ ألا يكون ثمره قد بدا صلاحه قبل المساقاة عليه؛ فإن بدا صلاحه لم تصح مساقاته لاستغنائه عن السقي الذي هو معظم عمل المساقاة. وبدء الصلاح في كلّ شيء بحسبه، ففي البلح مثلاً باحمراره أو اصفراره، وفي غيره بظهور الحلاوة فيه، وتصح المساقاة فيما بدا صلاحه تبعاً لغيره.

3 ـ ألا يكون مما يُخلف خِلْفة تثمر قبل قطع الثمرة السابقة بدون انقطاع لإخلافه: فإن كان مما يُخْلِف كالموز، والبقل، والريحان، والكُرّاث، والقَضْب (البرسيم) فلا تصح فيه مساقاة إلا تبعاً لغيره؛ لأن ثمرة الخلفة ينالها العامل، مع أنه لا يأخذ منها شيئاً، لانتهاء المساقاة بجزّ الثمرة السابقة، ولا سبيل لجعل العقد شاملاً لجميع بطون هذه الثمار لاستمرارها؛ لأنه يجب توقيتها بوقت تنتهي به.

فإن تخلَّف شرطٌ من هذه الشروط الثلاثة، فلا تصح المساقاة عليه إلا إذا كان تابعاً لما اجتمعت فيه الشروط.

ويشترط لصحة مساقاة الزرع ونموه بالإضافة للشروط السابقة ثلاثة شروط أخرى:

1 ـ أن يعجز صاحبه عن القيام به.

2 ـ أن تعقد المساقاة بعد ظهوره أو بروزه من أرضه.

3 ـ أن يخاف هلاكه لو لم يقم بشأنه عامل من سقي وعمل.

ويجوز إدخال بياض شجر أو زرع[1] في عقد المساقاة بالشروط الآتية[2]:

---

(1) المراد بالبياض: الأرض الخالية من الشجر أوالزرع، سمي بياضاً لأن أرضه مشرقة بالنهار بضوء الشمس، وبالليل بضوء الكواكب.

(2) الشرح الصغير 720/3 ومابعدها، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 542/3، مواهب الجليل 378/5 وما بعدها.

1 ـ أن يوافق (يتحد) جزء الغلة المجعول للعامل في البياض الجزء في الشجر أو الزرع، فإن اختلفا بأن كان مقدارهما متفاوتاً لم يجز، وفسدت المساقاة. ولا فرق بين أن يكون البياض منفرداً على حدة أو كان في خلال النخل أو الزرع.

2 ـ أن يبذره العامل من عنده: فإن اتفقا على أن بذره على المالك لم يجز وفسدت.

3 ـ أن يقلّ البياض بالنسبة للشجر أو الزرع: بأن يكون قيمة أجرته بالنسبة لقيمة الثمر أوالزرع الثلث فأقل، بعد إسقاط كُلْفة الثمرة، كأن يكون كراؤه مفرداً مائة، وقيمة الثمرة بعد إسقاط ما ينفق عليها مائتين، فيعلم أن كراءه ثلث، فإن كان أكثر من الثلث لم يجز.

والخلاصة: تجوز المساقاة في عقد واحد على شجر وزرع معاً، أو على بساتين متعددة إن اتفق الجزء المجعول للعامل في كل منهما، فإن اختلف الجزء في الشجر والزرع، أو في البساتين، فسدت المساقاة.

والاتفاق يكون باتحاد حصة العامل في الشجر والزرع كالثلث أوالربع، فإذا تعددت العقود على كلٍّ من الشجر والزرع، جازت المساقاة، ولو اختلف الجزء المجعول للعامل.

وإذا وقع عقد المساقاة على شجر يتبعه زرع أو وقع على عكس ذلك، وكانت قيمة التابع فيهما ثلث قيمة المتبوع فأقل، فإن العقد على المتبوع يستلزم دخول التابع في العقد عليه، ويترتب على ذلك:

أولاً: أنه يجب على عامل المساقاة أن يقوم بخدمته كالمتبوع.

ثانياً: أنه لا يصح اشتراط غلة لربه ولا للعامل؛ لأن اشتراطها لأحدهما يناقض دخوله في العقد لزوماً.

ثالثاً: أن يكون نصيب العامل من غلته مثل نصيبه من غلة المتبوع.

رابعاً: أن شروط صحة المساقاة تعتبرفي المتبوع دون التابع.

وأما ما يشترط في الجزء المساقى به: فهو ثلاثة شروط دفعاً للضرر عن كل من المالك والعامل، وتحقيقاً للعدالة في توزيع الغلة:

1 ـ أن يكون شائعاً في جميع غلة المساقى عليه: أي: ثمر الشجر أوالزرع، فلا يصح بشجر معين ولا بكيل، فلو قال مالك الشجر للعامل: ساقيتك على العمل في هذا البستان بثلث ثمرة هذه النخلات، لم تصح المساقاة.

2 ـ أن يكون معلوم النسبة لجملة الغلة: كثلثها أو ربعها أو أقل أو أكثر، فلا يصح أن يكون مجهول النسبة كما لو قال له: ولك جزء من الثمر، وتفسد المساقاة.

3 ـ أن يكون هذا الجزء متحداً في جميع أنواع الغلة: فلا يصح أن يكون ثلثاً في نوع منها، وربعاً في نوع آخر.

وأماما يتعلق بالمدة فيشترط:

أن تعقد المساقاة إلى أجل معلوم، ولو لسنين ما لم تكثر جداً، وتكره فيما طال من السنين، ولا يصح عقد المساقاة على شرط عدم التوقيت بوقت معين، لما في ذلك من الضرر، قياساً على الإجارة، فإن كثرت مدة السنين جداً: وهي المدة التي تتغير فيها الأصول عادة بحسب اختلاف الأشجار والأمكنة، لم تجز المساقاة، كما لا تجوز إذا اختلف الجزء المساقى به من الغلة، المجعول للعامل في السنين، بأن كان في سنة يخالف غيره في أخرى.

ويجب توقيت مدة المساقاة بالجذاذ(وهو قطع ثمار الشجر) أو بزمن يحصل فيه الجذاذ عادة. وإذا أطلقت عندالعقد عن التوقيت حملت على الجذاذ إن كان الثمر بطناً واحداً، أو على جذاذ البطن الأول إن تعددت

بطونه وتميزت إلا أن يشترط دخول البطن الثاني في مدة المساقاة، فتحمل على جذاذه، فإن تعددت البطون ولم تتميز، حملت على جذاذ آخر بطن.

وعلى هذا لا يجوز توقيت المساقاة بزمن يزيد على زمن الجذاذ، لما في ذلك من زيادة العمل على العامل، وهذا يقتضي فساد العقد.

وعدم التوقيت الذي يفسد عقد المساقاة هو المشروط فقط.

أحكام المساقاة:

تختلف أحكام المساقاة فيما إذا كانت صحيحة أو فاسدة.

وأحكام المساقاة الصحيحة عند المالكية ما يأتي[1]:

عمل العامل: من شروط المساقاة: أن يكون العمل كله على العامل، حتى وإن لم يشترط ذلك عليه، وعمل العامل في بستان الشجر ثلاثة أقسام:

أحدها - ما لا يتعلق بالثمرة: فلا يلزم العامل به بالعقد، ولا يجوز أن يشترط عليه.

الثاني - مايتعلق بالثمرة ويبقى بعدها: كحفر بئر أو عين أو ساقية، أو بناء بيت لتخزين الثمر أو غرس الشجر، فلا يلزم العامل به أيضاً، ولا يجوز أن يشترط عليه.

الثالث - ما يتعلق بالثمرة ولا يبقى: وهو ما يحتاج إليه عرفاً من العمل والآلات، فهو على العامل بالعقد، كالتقليم والجذاذ والسقي، وعليه أيضاً نفقة نفسه، وجميع المؤن من الآلات، والأجراء، والدواب

---

(1) الشرح الصغير 717/3 ومابعدها، مواهب الجليل، والتاج والإكليل 375/5 وما بعدها، بداية المجتهد 244/2 وما بعدها، القوانين الفقهية: ص 279، التقنين المالكي (م452).

ونفقتهم من كل ما يلزم الشجر عرفاً، وليس على العامل تحصين الجدران، وإصلاح مجاري المياه إلى الأرض، ويجوز اشتراطها عليه؛ لأن المذكور يسير.

أجرة ونفقة الأجراء والدواب التي كانت تعمل في البستان: على العامل نفقة الأجراء والدواب سواء كانوا في البستان قبل عقد المساقاة أو أتى بهم العامل بعد العقد، لتوقف انتفاعه بهم على الإنفاق عليهم. وليس عليه أجرة ما كان في البستان من الأجراء والدواب وقت عقد المساقاة، ولا الإتيان ببدل ما مرض أو مات منهما، وإنما البديل على ربِّ البستان؛ لأن التبديل ليس من قبيل العمل في خدمة الشجر، وإنما هو على رب الشجر؛ لكون عقد المساقاة تم وهي موجودة في البستان، فكان وجودها ملحوظاً للعامل وقت التعاقد. أما أجرة ما استأجره العامل بعد العقد، فعليه لا على ربِّ البستان. وبه يتبين أن حكم الأجرة مخالف لحكم النفقة[1].

عمل عامل آخر: إذا لم يشترط ربّ الشجر على عامل المساقاة أن يعمل فيه بنفسه، جاز للعامل أن يساقي عليه بغير إذن ربّ الشجر عاملاً آخر علمت أمانته، فإن جهل حاله حمل على عدم الأمانة، وكان العامل الأول ضامناً له فيما يعمله.

ومعنى هذا أنه يجوز للعامل مساقاة عامل آخر بغير إذن ربّ الشجر المساقى عليه بشرطين:

أحدهما: عدم اشتراط ربّ الشجر عليه أن يعمل بنفسه.

وثانيهما: أن يكون العامل الثاني معلوم الأمانة.

ويترتب على جواز مساقاته لعامل آخر أنه إذا ساقاه بجزء أقل من

(1) التقنين المالكي (م 444).

الجزء الذي كان مجعولاً له، فإن الزائد يكون له لا لربِّ الشجر، وإذا ساقاه بجزء أكثر منه، كانت الزيادة عليه يدفعها للعامل الثاني .

حق العامل: يكون للعامل جزء من الثمرة كالثلث أو النصف أو غيرهما حسبما يتفقان عليه. ويجوز أن تكون له كلها، وإذا لم يثمر الشجر، فلا شيء لأحد العاقدين على الآخر؛ لأن انعدام الثمر بسبب آفة سماوية، لا بسبب فساد العقد.

ولا يجوز أن يشترط أحدهما منفعة زائدة كدنانير أو دراهم.

وفي حال صحة المساقاة، ولم يثمر الشجر، لا شيء لأحد العاقدين على الآخر، لأن عدم الإثمار راجع لآفة سماوية، لا لفساد العقد. وإذا قصر عامل المساقاة في القيام بالعمل الذي شرط عليه أو جرى به العرف، فإنه يحط من نصيبه في غلة المساقى عليه بنسبة قيمة ما قصرّ فيه إلى قيمة ما عمله[1].

أحكام المساقاة الفاسدة:

يرى المالكية[2] أنه إذا وقعت المساقاة فاسدة، فإن عثر على فسادها قبل الشروع في العمل، وجب فسخها، وإن عثر على فسادها بعد الشروع في العمل، فلا تفسخ، وترد إلى مساقاة المثل في العمل وجزء الغلة للضرورة في قول ابن الماجشون، وهو ما أخذ به التقنين المالكي(م451) لأن قوله أقل تكلفاً في التطبيق لجريانه على نهج واحد، ولأن رد المساقاة إلى أصلها الصحيح وهو مساقاة المثل أقرب من ردها إلى أصل آخر وهو إجارة المثل.

---

(1) التقنين المالكي (م 455).

(2) الشرح الصغير 722/3 - 726، بداية المجتهد 248/2، القوانين الفقهية: ص 280.

ويرى ابن القاسم أن بعض الصور ترد إلى مساقاة المثل، وبعضها ترد إلى إجارة المثل، فلا تفسخ في الحالة الأولى بل يمضي العامل وتكون له في البستان مساقاة المثل، وتفسخ في الحالة الثانية، ويكون للعامل فيما عمل إلى وقت العثور على فسادها أجرة مثله. وهذا هو المعتمد في متن خليل وشروحه.

وتتحول المساقاة إلى الإجارة في حال اشتراط زيادة شيء معين أو عرض معين من صاحب البستان للعامل؛ لأن المالك يصبح كأنه استأجر العامل على أن يعمل له في بستان بهذه الزيادة وبجزء من البستان، وهي إجارة فاسدة، توجب الرد لأجرة مثل العامل، ويحسب منها تلك الزيادة، ولا شيء للعامل من الثمرة ولو بعد تمام العمل.

فإن كانت الزيادة من العامل للمالك، فقط خرج العاقدان إلى بيع فاسد: هو بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، إذا يصبح العامل كأنه اشترى الجزء المسمى بما دفعه للمالك من الزيادة وبأجرة عمله، فوجب له أجرة مثله، وأخذ ما دفعه، ولا شيء له من الثمرة.

وإن لم يخرج المتعاقدان عن المساقاة لعقد آخر، بأن كان الفساد لضرر، أو لفقد شرط غير الزيادة المتقدمة، أو لوجود مانع، أو بسبب الغرر، كالمساقاة على بساتين مختلفة، استمرت المساقاة بمساقاة المثل، كالمساقاة على ثمر بدا صلاحه، وآخر لم يبد صلاحه، لاحتواء العقد على بيع ثمر مجهول (وهو الجزء المسمى للعامل) بشيء مجهول (وهو العمل) وكاشتراط عمل المالك مع العامل بجزء من الثمرة أو مجاناً، كاشتراط آلة أو دابة للمالك في بستان صغير؛ لأنه ربما كفاه ذلك، فيصير كأن العامل اشترط جميع العمل على المالك. ويجوز اشتراط الدابة على المالك في بستان كبير.

انتهـاء المسـاقـاة:

تنتهي المساقاة عند الحنفية[1] كالمزارعة بأحد أمور ثلاثة: انتهاء المدة المتفق عليها، وموت أحد العاقدين، وفسخ العقد صراحة أو بالأعذار، كما تفسخ الإجارة.

وتنتهي المساقاة عند المالكية بانتهاء المدة المتفق عليها، وبالفسخ باتفاق الطرفين (الإقالة) وبالاستحقاق، ولا تنتهي بموت المالك أو بعجز العامل عن العمل، ولا بالأعذار.

أما الموت: فلا ينفسخ عقد المساقاة بموت المالك ربّ الشجر أو الزرع لثبوت حق العامل في الشيء المساقى عليه قبل موته، ولا ينفسخ أيضاً بإفلاس المالك الطارىء على العقد، سواء أكان الفلس بالمعنى الأعم وهو إحاطة الدَّين بماله، أم بالمعنى الأخص وهو حكم القاضي بخلع ماله لغرمائه؛ لأن حق العامل سابق على حصول الإفلاس. فإن حصل عقد المساقاة بعد الإفلاس فللغرماء فسخه؛ لأن حقهم في المساقى عليه سابق على حق العامل.

وإذا استُحق الشيء المساقى عليه بعد عقد المساقاة، فللمستحق إبقاء عامل المساقاة في عمله كما كان، وله فسخ العقد، ويدفع له أجرة عمله؛ لأن الغيب كشف أن عاقده لم يكن مالكاً للمساقى عليه[2].

وإذا مات عامل المساقاة قبل تمام العمل، فلوارثه الأمين أن يقوم بإتمامه. ويحمل على الأمانة إن جهل حاله، فإن كان غير أمين، فله أن يأتي بعامل أمين يقوم بإتمامه. ويحمل من يأتي به على عدم الأمانة إن

---

(1) البدائع 188/6.
(2) الشرح الكبير 546/3، التقنين المالكي (م 456).

جهل حاله، فإذا لم يأت بأمين، لزمه تسليمه المساقى عليه لربه بدون مقابل لما عمله مورثه[1].

وأما العجز: فإذا عجز عامل المساقاة أو وارثه عن العمل، ولم يجد أميناً يساقيه على إتمامه، لزمه تسليم المساقى عليه لربه، بدون مقابل لما عمله، إلا أن ينتفع المالك بعمله، فيكون له قيمة ما انتفع به. وإذا امتنع المالك من تسلمه منه حتى تلف بعضه، فلا يرجع عليه بقيمة ما تلف[2].

اختلاف العاقدين:

إذا اختلف المالك وعامل المساقاة بعد العمل في قدر الجزء المساقى به، ولم يدّع واحد منهما قدراً معتاداً، فإن العامل يرد إلى مساقاة المثل، وإن انفرد أحدهما بدعوى القدر المعتاد فالقول له بيمينه، وإن ادعى كل منهما قدراً معتاداً فالقول للعامل بيمين، لانفراده بما يرجح جانبه وهو العمل.

وإذا اختلفا قبل العمل حَلَف كلٌّ على دعواه، وفسخ العقد، ونكولهما كحلفهما. ويقضى للحالف على الناكل[3].

وإذا اختلفا فيما يقتضي الصحة والفساد، فالقول لمدعي الصحة بيمينه، دون من يدعي الفساد؛ لأن الأصل في العقود الصحة، كما لو ادعى أحدهما أن الجزء المساقى عليه كان معلوماً، وادعى الآخر أنه كان مجهولاً، أو ادعى أحدهما وقوع المساقاة مع زيادة نقد أو عرض، أو أنها وقعت بعد بدّو صلاح الثمرة، وخالفه الآخر،

---

(1) الشرح الصغير 713/3، بداية المجتهد 247/2، التقنين المالكي (م 453).

(2) الشرح الكبير 545/3، التقنين المالكي (م 454).

(3) الشرح الكبير 549/3، الشرح الصغير 726/3، التقنين المالكي (م 457).

فالقول لمدعي الصحة بيمينه ما لم يغلب الفساد. فإن غلب بين الناس وقوع المساقاة فاسدة. فالقول لمدعي الفساد، لشهادة العرف له[1].

* * *

---

(1) الشرح الصغير 727/3.

المغارسة أو المناصبة

تعريفها، شروطها، عجز العامل فيها، حكم فسادها، اجتماع المساقاة والمغارسة.

المغارسة: بمعنى الاشتراك في الشجر والثمر، جائزة عند الحنفية والحنابلة، وغير جائزة عند المالكية. وإن كانت بمعنى الاشتراك في الأرض والشجر فهي جائزة عند المالكية فقط دون غيرهم من الفقهاء، ولم يجز الشافعية المغارسة في الحالتين لعدم الحاجة إليها. وبحثي هنا يقتصر على مذهب المالكية.

تعريف المغارسة:

هي إعطاء شخص أرضه لمن يغرس فيها شجراً معيناً من عنده، على أن يكونا شريكين في الأر ض والشجر بنسبة معلومة كالنصف أو الثلث ونحوهما، إذا بلغ الشجر قدراً معيناً من النماء قبل أن يثمر[1]. وتسمى أيضاً المناصبة؛ لأن الشجيرات عند غرسها تسمى في بلاد الشام نَصْباً.

شروطها:

يشترط في صحة عقد المغارسة مايأتي[2]:

---

(1) شرح مجموع الأمير 243/2، القوانين الفقهية: ص 281، التقنين المالكي (م 458).

(2) شرح المجموع الأمير 244/2، القوانين الفقهية: ص 281، التقنين المالكي (م 459).

1 ـ أن تكون في الأصول الثابتة من نخيل وشجر، لا فيما يزرع كل سنة. والمراد بالأصول الثابتة: هي التي يطول مكثها في الأرض كالنخيل والشجر. وغير الثابتة: هي التي لا يطول مكثها في الأرض كالزرع والبقول والمقاثي، وهذه لا تصح المغارسة فيها، لأن مكثها في الأرض لا يطول، فلا يقتضي الشركة فيها، والمغارسة لا بد فيها من الشركة في الأصول والأرض معاً.

2 ـ أن يعين وقت العقد نوع ما يراد غرسه في الأرض من النخيل والشجر، لما في عدم التعيين من الجهالة والغرر.

3 ـ أن تكون الشَّركة في الأرض والشجر معاً وبنسبة معلومة كالثلث أوالنصف أوالثلثين ونحو ذلك. فلا تصح على الشركة في الشجر دون الأرض؛ لأنه لا استقرار للشركة فيه بدون الشركة في الأرض. ولا تصح إذا كانت نسبة الشركة غير معلومة، لما في ذلك من الجهالة والغرر.

4 ـ أن يحدد ابتداءَ الشَّركة في الشجر والأرض ببلوغ الشجر قدراً معيناً من النماء قبل أن يثمر. فلا تصح بدون تحديد ابتداء الشركة بينهما، لما في ذلك من الجهالة، ولا تصح أيضاً بتحديد الشَّركة بإثمار الشجر، لما في ذلك من ضرر الغارس.

وأضاف ابن جُزَي ثلاثة شروط أخرى:

1 ـ أن تتفق الأصناف أو تتقارب في مدة إطعامها، فإن اختلفت اختلافاً متبايناً لم يجز.

2 ـ وألا يضرب لها أجل إلى سنين كثيرة، فإن ضرب لها أجل مافوق الإطعام لم يجز، وإن كان دون الإطعام جاز، وإن كان إلى الإطعام فقولان.

3 ـ وألا تكون المغارسة في أرض موقوفة (محبّسة) لأن المغارسة كالبيع.

عجز العامل فيها:

لا تنتهي المغارسة بعجز العامل عن العمل، فإذا عجز العامل أو وارثه عن العمل، ولم يجد أميناً على إتمامه، لزمه كما في المساقاة تسليم الشيء محل العقد للمالك بدون مقابل لما عمله، إلا أن ينتفع المالك بعمل العامل، فيكون له قيمة ماانتفع به.

حكم فساد المغارسة:

إذا وقع عقد المغارسة فاسداً لتخلف شرط من شروط صحته، وجب فسخه إن عرف فساده قبل الشروع في العمل. فإن عرف الفساد بعد الشروع في العمل فلا يفسخ. ويكون على مالك الشجر من قيمة الأرض، وعلى مالك الأرض من قيمة الشجر بنسبة ما تعاقدا عليه من الشركة فيهما بالنصف أو غيره، ويكون الشجر والأرض بينهما مناصفة إن كان الاتفاق على النصف.

وتعتبر قيمة الأرض بَرَاحاً[1] يوم غرس الشجر فيها؛ لأنه هو الوقت الذي شغلت فيه بالغرس، وتعتبر قيمة الشجر يوم بلوغه القدر الذي حدد لابتداء الشَّركة في الأرض والشجر؛ لأنه هو الوقت الذي بدأت فيه الشركة بينهما[2].

اجتماع المساقاة والمغارسة معاً:

إذا أعطى شخص أرضه لمن يغرس فيها شجراً من عنده، على أنه إذا بلغ الشجر قدراً معيناً من النماء يكون بيد العامل مساقاة معينة، وبعدها يكون ملكاً لربِّ الأرض، فإن هذا التعاقد يكون فاسداً في

---

(1) البراح: المتسع من الأرض التي لا شجر فيها ولا بناء، والمراد أنها تقوم غير مشجرة.

(2) شرح مجموع الأمير 244/2، التقنين المالكي (م 461).

المغارسة والمساقاة معاً، ويجب فسخها إن عرف فسادها قبل أن يحصل من العامل عمل في مدة المساقاة، أو قبل أن يثمر الشجر، ويكون للعامل قيمة شجره يوم غرسه وقيمة ما أنفقه عليه، وأجرة مثله فيما عمله.

فإن عرف فساده بعد العمل في مدة المساقاة وإثمار الشجر، فسخت المغارسة دون المساقاة، ويكون للعامل مثل ما كان له قبل فسخهما معاً بالنسبة للمغارسة، ومساقاة مثله بالنسبة للمساقاة.

وإنما فسد التعاقد الواقع على الوجه المبين، لما فيه من المخاطرة، إذا لا يُدرى هل يبقى ذلك الشجر إلى زمن المساقاة، أو يموت قبله أو فيه أو بعده[1].

ما يعم العقود الثلاثة: يمنع في المغارسة، والمساقاة، والمزارعة، شيئان:

الأول: أن يشترط أحدهما لنفسه شيئاً دون الآخر إلا اليسير.

الثاني - اشتراط السلف[2].

* * *

(1) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 546/3 وما بعدها، التقنين المالكي (م 462).
(2) القوانين الفقهية: ص 281.

الفصلُ الثَّاني عَشَر
إحيَـــاء المَوَات

تعريفه، ومشروعيته، والترغيب فيه شرعاً، الموات القابل للإحياء، كيفية الإحياء وطرقه، شروطه، أحكامه.

تعريف إحياء الموات:

الإحياء لغة: جعل الشيء حياً، أي: نامياً، والموات: ما لا روح فيه، أو الأرض التي لم تعمَّر.

روى ابن غانم: موات الأرض: هي التي لا نبات بها، لقوله تعالى: ﴿وَمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ مِنَ ٱلسَّمَآءِ مِن مَّآءٍ فَأَحْيَا بِهِ ٱلْأَرْضَ بَعْدَ مَوْتِهَا﴾ [البقرة: 164] فلا يصح الإحياء إلا في البوار، أو أن الموات: أرض لا اختصاص بها لا بملك ولا بانتفاع.

واصطلاحاً قال ابن عرفة: إحياء الموات: لَقَب لتعمير داثر الأرض بما يقتضي عدم انصراف المعمِر عن انتفاعه بها[1]. والاختصاص بالأرض إما بإحيائها أو بصيرورتها حريماً لبلد أو بئر أو شجر أو دار.

وعليه، يكون إحياء الموات معناه: إعداد الأرض الميتة التي لم يسبق تعميرها، وجعلها صالحة للانتفاع بها في الزرع، والغرس، والسكنى، ونحو ذلك.

---

(1) مواهب الجليل 2/6.

مشروعيته:

رغّب الشرع في إعمار الأرض، وإحياء مواتها، وتنمية مواردها، لتحقيق رفاه الناس، ورخائهم، وإكثار ثروانهم، وتقوية سبل المعيشة والكسب لديهم عن طريق استثمار خيرات الأرض والانتفاع ببركاتها.

أخرج أحمد، والترمذي، وصححه النسائي وابن حبّان عن جابر بن عبد الله أن النّبي ﷺ قال: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له»

وفي لفظ آخر عن أحمد، وأبي داود، والترمذي: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له، وليس لعِرْق ظالمٍ حق».

وأخرج أحمد، والبخاري عن عائشة، قالت: قال رسول الله ﷺ: «من عَمَر أرضاً ليست لأحد، فهو أحق بها» أي: ليست لأحد من المسلمين، فلا حكم لتقدم الكافر.

وأخرج أبو داود عن أسمر بن مُضَرِّس قال: «أتيت النّبي ﷺ فبايعته، فقال: من سبق إلى ما لم يَسْبِق إليه مسلم، فهو له، قال: فخرج الناس يتعادَوْن يتخاطُون»[1].

الموات القابل للإحياء:

يرى المالكية[2] أنه يملك بالإحياء ما اندرس من عمارة الأرض، لعموم الحديث المتقدم: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له» ولأن أصل هذه الأرض مباح، فإذا تركت حتى تصير مواتاً، عادت إلى الإباحة.

وموات الأرض في رأيهم: ما سلم عن اختصاص بإحياء، أي: بسبب إحياء لها بشيء، أو بسبب كونه حريم عمارة كمحتطب أو مرعى

---

(1) (المعاداة) : الإسراع بالسير، ويتخاطون: يعملون على الأرض علامات بالخطوط، وهي التي تسمى الخطط.

(2) الشرح الكبير 66/4 - 68، الشرح الصغير 87/4 ومابعدها.

لبلد، أو بسبب إقطاع الإمام، أو بسبب حمى الإمام له. فإذا اندرست عمارة الأرض من بناء أو غرس أو تفجير ماء ونحو ذلك، لا يزول ملكها عمن أحياها إلا بإحياء جديد من غيره بعد اندراسها بمدة طويلة يقدرها عرف الناس، فتصبح حينئذ ملكاً للمحيي الثاني.

وذلك، سواء أكانت الأرض قريبة من العمران أم بعيدة عنه، إلا أن الأرض القريبة يفتقر إحياؤها إلى إذن الحاكم.

والخلاصة: إن الموات القابل للإحياء: ما اندرس من عمارة الأرض، ولم يكن مرتفقاً لبلد ولا حريماً لعمارة، ولا مُقطَعاً لأحد ولا محمياً من الإمام، فالموات القابل للإحياء: ما سلم عن الاختصاص بسبب الإحياء أو بكونه حريماً لعمارة أو بسبب الإقطاع أو بسبب الحمى.

كيفية الإحياء وطرقه:

يكون الإحياء بالبناء، والغرس، والزراعة، والحرث، وإجراء المياه، وغير ذلك، وهو أحد أمور سبعة تملك به الأرض لمن أحياها[1]:

الأول ـ إقامة البناء على الأرض.

الثاني ـ غرس الشجر فيها.

الثالث ـ تفجير ماء بها لبئر أو عين، فيملك الماء والأرض التي تزرع به.

الرابع ـ إزالة الماء منها أو تجفيفه حيث كانت الأرض غامرة بالماء.

الخامس ـ تحريك الأرض بحرثها وقلبها ونحوه(الحراثة).

السادس ـ قطع شجر غابات بها، بنية وضع يده عليها.

---

(1) الشرح الصغير 93/4، الشرح الكبير 69/4 وما بعدها، القوانين الفقهية: ص 339.

السابع ـ كسر حجرها مع تسوية الأرض.

فإذا اندرست بعد ذلك وأحياها غيره بعد أن طال زمن اندراسها، فإنها تصير ملكاً للثاني بإحيائه لها، كما تصير ملكاً له إذا أحياها قبل أن يطول زمن الاندراس، وسكت محييها الأول بغير عذر بعد علمه بذلك. فإن لم يسكت أو سكت لعذر فإنها تبقى على ملكه، ويكون لمحييها الثاني قيمة ما أحياها به قائماً إن كان جاهلاً بالأول، لأن له شبهة وهي جهله بهما، ومنقوضاً إن كان عالماً به، لتعديه بإحياء الأرض مع علمه بمحييها الأول.

ويلاحظ أن حفر البئر في الأرض الموات لسقيها وسقي ما يزرع فيها يكون إحياء لها، أما حفر البئر في الأرض الموات لسقي الماشية(حفر بئر الماشية) أو لشرب الناس (بئر الشُّرب) فلا يكون إحياء لهماإذا لم يبين الحافر ملكيته للبئر عند حفرها، فإن بيَّنها كان حفرها في الأرض الموات إحياء لها[1].

ومن ملك أرضاً بشراء أوإرث أو هبة ممن أحياهم، ثم اندرست فإنها لا تخرج عن ملكه باندراسها ولو طال زمن اندراسها. واندراس الأرض بعد إحيائها: هو اندراس عمارتها من بناء أو غرس أو تفجير ماء بها أو نحو ذلك.

وإن أحياها غيره فلا يملكها بإحيائه لها إلا لحيازة ملك تدوم عشر سنوات في العقار.

وبه يتبين أن طول زمن الاندراس بعد الشراء أو الإرث أوالهبة لا يخرجه عن ملك من ملكها؛ لأنه لا يدل على إعراض المالك عنها لبقاء سبب الملك: وهو الشراء أو الإرث أو الهبة.

---

(1) الشرح الصغير 93/4، الشرح الكبير 70/4، التقنين المالكي (م 516).

أما طول زمن الاندراس بعد التملك بالإحياء من غير من أحياها فيخرجها عن ملك من أحياها؛ لأنه يدل عرفاً على إعراض المالك عنها إذا كان الملك ناشئاً عن إحيائها.

ومجرد اندراس أرض من أحياها بعد الإحياء لا يزيل ملكها عنه، مالم يقم غيره بإحيائها بعد اندراسها[1].

شروط إحياء الموات:

لا يشترط في المحيي (وهوالذي يباشر الإحياء) أن يكون مسلماً في رأي المالكية، والحنفية، والحنابلة، فلا فرق بين المسلم وغيره، لعموم قول النَّبي ﷺ: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له».

واشترط الشافعية أن يكون المحيي مسلماً، فلا يملك غير المسلم (الذمي) الأرض بإحيائها في دار الإسلام، وإن أذن له الإمام فيه، حتى لا يتقوى على المسلمين، ولئلا يتمكن من الاستعلاءعليهم[2]. ولم يجز المالكية لغير المسلم الذمي الإحياء في أرض قريبة من العمران.

ويشترط في الأرض المحياة شرطان[3]بل ثلاثة:

1 ـ ألا تكون ملكاً لأحد مسلم أو ذمي، وليست من اختصاص أحد.

2 ـ ألا تكون حريم عمارة مرتفقاً به لصالح بلد: كمحتطب، ومرعى، ومسرح وملعب، وسوق عام في بعض المواسم.

---

(1) الشرح الصغير 87/4 - 88، الشرح الكبير 66/4، التقنين المالكي (م 517).

(2) الشرح الكبير 69/4، تكملة فتح القدير 138/8، المغني 517/5 ، مغني المحتاج 361/4 وما بعدها.

(3) الشرح الكبير والدسوقي 66/4، 69، مواهب الجليل 12/6، التاج والإكليل بهامش الحطاب3/6، الشرح الصغير 94/4.

واشترط المالكية شرطاً ثالثاً في إحياء الأرض القريبة من العمران: أن تكون بإذن الإمام، وأن يكون الإذن فيها لمسلم على المشهور، فلا حاجة لإذن الإمام في الأرض البعيدة من العمران، ويجوز للذمي إحياؤها في غير جزيرة العرب: مكة، والمدينة، واليمن، وماوالاها. ولا يأذن الإمام للذمي على المشهور في إحياء الأرض قريبة من العمران[1].

وعلى هذا، لا يحتاج إحياء الموات البعيد من العمران (وهو ما كان خارجاً عن حريم البلد) لإذن من ولي الأمر، ويحتاج الموات القريب لإذنه. فإن وقع إحياؤه بغير إذن، فلولي الأمر جعله لمن أحياه بدون شيء (أي: إمضاء الإحياء وتملكه) وله جعله متعدياً ورده للمسلمين وجعله ملكاً للدولة مع إعطاء محييه قيمة ما أحياه به منقوضاً، ولا رجوع عليه في هذه الحالة بما أخذه من غلته قبل جعله ملكاً للدولة[2].

واشترط الحنفية أيضاً إذن الإمام في إحياء الموات، لما أخرجه الطبراني من حديث معاذ بن جبل أن النبي ﷺ قال: «ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه»[3].

ولأن إذن النبي ﷺ بالإحياء كان من طريق الإمامة والسياسة.

ولم يشترط الشافعية والحنابلة إذن الإمام، اكتفاء بإذن رسول الله ﷺ: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له» الصادر بطريق الشرع والنبوة، لكن يستحب استئذانه خروجاً من الخلاف.

---

(1) المراجع السابقة.
(2) الشرح الصغير 94/4، الشرح الكبير 69/4.
(3) لكن فيه ضعف.

ما لا يكون إحياء للموات:

قال المالكية[1]: لا يكون الإحياء بالتحجير (وضع أحجار حول الأرض) أو بتحويط الأرض بنحو خط عليها، ولا رعي كلأ (عشب) فيها أو إزالة شوك، ولا حفر بئر ماشية أو شرب بها، إلا أن يبين الملكية حين حفر البئر المذكورة، فإن بيَّنها فإحياء، أي: يحصل إحياء الأرض بحفرها.

ويرى الحنفية، والشافعية، والحنابلة: أن المتحجر بالتحجير يكون أولى الناس، وأحقهم بها في مدة ثلاث سنين، لقول عمر رضي الله عنه: «ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق» فإن أحياها آخر ملكها، وإن لم يعمرها في تلك المدة، أخذها الحاكم منه ودفعها لغيره[2].

أحكام إحياء الموات:

لإحياء الموات أحكام شرعية هي ما يأتي:

1 ـ **تملك الأرض المحياة:** اتفق أغلب الفقهاء على أنه يترتب على إحياء الموات ملك الأرض المحياة، ملكية مطلقة للرقبة (الذات) والمنفعة، لإطلاق الحديث المتقدم: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له» فإنه أضاف الحق للمحيي بلام التمليك في قوله: «فهي له» وملكه لا يزول بالترك، وهذا هو الحق العيني للمحيي، ويكون إحياء الموات من أسباب الملكية[3].

2 ـ **تملك حريم الموات وعدم تملك حريم المعمور:** يتملك المحيي حريم الأرض التي أحياها، والحريم: هو ما تمس الحاجة إليه

---

(1) الشرح الصغير 93/4، الشرح الكبير 70/4.
(2) الدر المختار 307/5، المهذب 425/1، كشاف القناع 214/4.
(3) الدر المختار 307/5، الشرح الصغير 87/4، الشرح الكبير 66/4 ، المهذب 423/1، المغني 513/5.

لتمام الانتفاع بالشيء المعمور، أو ما يحتاج إليه لمصلحة العامر من المرافق كفِناء الدار (الساحة أمام الدار وما امتد من جوانبها) ومسيل الماء، وحريم البئر، ونادي الاجتماع، والمحتطب، والمرعى، ومرتكض الخيل، ومُناخ الإبل، ومطرح الرماد ونحو ذلك، وله أن يمنع غيره منه.

ولا يجوز بالاتفاق تملُّك حريم الأرض العامرة قبل الإحياء، لأنه تابع للعامر، فلا يملك، ولا تملُّك ما بين العامر من الرحاب، والشوارع، ومقاعد الأسواق ؛ لأن ذلك ليس من الموات، وإنما من جملة العامر، ولا تملك مرافق البلد العامة التابعة لها.

والأصل في مشروعية الحريم: أن النَّبي ﷺ جعل للبئر حريماً وجعل لكلِّ أرض حريماً[1].

مقدار الحريم: للحريم مقادير مختلفة بحسب الحاجة، وهي ما يأتي في رأي المالكية:

حريم البلد: هو مداخلها، ومخارجها، ومحتطبها، ومرعاها، ونحو ذلك مما جرت العادة بارتفاق البلد فيه ذهاباً، وإياباً، ونفعاً عاماً.

وحريم الدار: ما يرتفق به أهلها في إقامتهم بها، أي: ما ينتفعون به من مدخل، ومخرج، ومطرح تراب، ومصب ماء ميزاب، ومرحاض، وتشترك الدور المجتمعة في حريم واحد كالساحة، أي: الأرض المتسعة التي بين أبوابها، وينتفع به أهل كل دار بما لا يضر غيرهم من الجيران.

وحريم البئر: ما يتصل بها من الأرض التي حولها، أو مايسع واردها

---

(1) الشرح الصغير 89/4، مواهب الجليل 3/6، الشرح الكبير 67/4، القوانين الفقهية: ص 339، التقنين المالكي (م 514). =

لشرب أو سقي، ويكون إحداث شيء فيه كبناء أو غرس ضاراً بواردها أو بمائها كحفر بئر بقربها. وهو يختلف بقدر كبر البئر وصغرها وشدة الأرض ورخاوتها. ويشمل باطن الأرض، فلا يحق لآخر حفر بئر ينشف ماءها أو يذهبه ويغوِّره، أو يغيره بطرح نجاسة يصل إليه وسخها، كما يشمل ظاهر الأرض كالبناء والغراس.

وحريم الشجر من نخل أو غيره: ما فيه مصلحة عرفاً، وهو ماتحتاج له في سقيها، ومدّ جذورها، وفروعها، ويضر إحداث شيء فيه بنمائها.

ويختص أهل البلد أو الدور أو ربّ الشجرة أوالبئر بحريمها، ولهم منع غيرهم من الانتفاع به أو إحداث شيء فيه:

3 ـ **الإقطاع**: هو جعل بعض الأراضي الموات مختصة ببعض الأشخاص، سواء أكان ذلك معدناً أم أرضاً أم ماء، فيصير ذلك البعض أولى به من غيره، بشرط أن يكون من الموات الذي لا يختص به أحد.

ويجوز للإمام العادل أن يقطع موات الأرض أو معدنها أو ماءها لمن يملكه بالإحياء، مادامت هناك مصلحة مشروعة، فإن لم تكن هناك مصلحة كما يفعل بعض الحكام الظلمة من إقطاع بعض الأفراد محاباة له بغير حق، فلا يجوز.

ودليل الجواز: فعل النَّبي ﷺ والخلفاء من بعده.

ـ وروى الترمذي عن وائل بن حُجْر: أن النَّبي ﷺ أقطع وائل بن حُجْر أرضاً بحضرموت، وبعث معاوية ليقطعها إياه.

ـ وروى أحمد عن ابن عمر: أن النَّبي ﷺ أقطع الزبير حُضْر فرسه، أي: مقدار عَدْوه[1].

---

(1) لكن في إسناده رجل فيه مقال.

ـ وروى أحمد أيضاً عن عروة بن الزبير: أن عبد الرحمن بن عوف قال: أقطعني رسول الله ﷺ، وعمر بن الخطاب أرض كذا وكذا.

وروى سعيد بن منصور في سننه عن عمرو بن شعيب: أن النبي ﷺ أقطع ناساً من جُهينة أو مُزينة أرضاً.

ـ وروى أبو عبيد في الأموال أن أبا بكر أقطع الزبير، وأقطع عمر علياً، وأقطع عثمان رضي الله عنهم خمسة من أصحاب رسول الله ﷺ: الزبير، وسعداً، وابن مسعود، وخبّاباً، وأسامة بن زيد رضي الله عنهم.

ـ وعن عمرو بن دينار قال: لما قدم النّبي ﷺ المدينة، أقطع أبا بكر وأقطع عمر بن الخطاب رضي الله عنهما.

وأخرج أحمد، وأبو داود، عن ابن عبّاس، قال: «أقطع رسول الله ﷺ بلال بن الحارث المزني معادن القَبَلية، جَلْسيها وغَوْريها[1] وحيث يصلح الزرع من قُدْس[2]، ولم يعطه حق مسلم».

فإن لم يقم من أقطعه الحاكم بإحياء الأرض ولم يستثمرها، تنزع منه.

وقال المالكية[3]: لا يُقطع الإمام معمور أرض العنوة كأرض مصر، والشام، والعراق، أي: الصالحة لزرع الحب ملكاً؛ لأنها وقف في رأيهم، بل يقطعها إمتاعاً وانتفاعاً، وأما ما لا يصلح لزرع الحب، وإن صلح لغرس الشجر، وليس من العقار، فإنه من الموات، يقطعه ملكاً وانتفاعاً.

---

(1) القبلية: نسبة إلى قبل، مكان بساحل البحر، بينه وبين المدينة خمسة أيام، والمجلس: المرتفع من الأرض، والغور: المنخفض منها.

(2) قدس: جبل عظيم بنجد.

(3) الشرح الصغير 91/4 وما بعدها، الشرح الكبير 68/4.

وأما أرض الصلح فلا يقطعها الإمام لأحد مطلقاً؛ لأنها مملوكة لأربابها.

4 ـ الحمى: أصل الحمى عند العرب في الجاهلية: أن الرئيس منهم إذا نزل بأرض مخصبة، استعوى كلباً على مكان عال، فحيث انتهى صوته من كل جانب، حماه لنفسه، فلا يرعى غيره فيه معه، ويرعى هو مع غيره. وهذا لا يجوز شرعاً، فقد نهى عنه النَّبي ﷺ لما فيه من التضييق على الناس، ومنعهم من الانتفاع بشيء لهم فيه حق، والحمى الشرعي: أن يحمي الإمام مكاناً خاصاً لحاجة غيره، ويكون بأربعة شروط:

1 ـ أن يصدر بإذن الإمام أو نائبه: بخلاف الإقطاع، فليس لنائب السلطان إقطاع إلا بإذن الإمام؛ لأن الإقطاع يحصل به التمليك، فلا بد فيه من الإذن الخاص بخلاف الحمى.

2 ـ أن يكون لمحتاج إلى الأرض: كحمى أرض لخيل الجهاد ودواب الغزاة، والصدقة (الزكاة)، والماشية الضعيفة، وضَعفة المسلمين، فإذا لم تكن هناك حاجة إليه فلا يجوز، ولا يجوز للإمام أن يحمي شيئاً لنفسه، وإن احتاج.

3 ـ أن يكون المحمي قليلاً لا كثيراً: والقليل: ما لا يضيّق فيه على الناس.

4 ـ أن يكون من أرض بلد موات، خالية عن البناء والغراس، أي: من بلد عفا، أي: خلا عن البناء والغراس[1].

ودليل الجواز أن النَّبي ﷺ حمى النقيع[2] لخيل

---

(1) الشرح الصغير وحاشية الصاوي 92/4، الشرح الكبير 68/4 ومابعدها.
(2) النقيع: موضع يبعد عن المدينة عشرين فرسخاً.

المسلمين[1]، وحمى عمر شَرَف والرَّبَذَة[2].

والخلاصة: يكون إحياء الموات في أ رض سلمت عن الاختصاص بالإقطاع من الإمام، أو بكونه حريماً لعمارة لبلد أو دار أو شجر أو بئر، أو بحمى الإمام له[3].

* * *

(1) رواه أحمد عن ابن عمر.

(2) ورواه البخاري عن الصعب بن جثّامة.

(3) الشرح الصغير والكبير، المكان السابق.

الفَصلُ الثَّالِثُ عَشَر
الهبة

تعريفها ومشروعيتها وأركانها، وأنواعها، وشروطها، صفتها، هبة الثمر والزرع قبل الصلاح ونحوه من المعدوم، ما يجوز فيه الغرر، الاعتصار في الهبة، مبطلات الهبة، العمرى والرقبى[1].

تعريف الهبة ومشروعيتها: الهبة والصدقة بمعنى واحد إلا في الاعتصار (رجوع الوالد فيما يهبه لولده) كما سيأتي، وجواز الرجوع بالبيع والهبة، فلا يصح ذلك في الصدقة، إلا أن تكون على ابن صغير فثلاث روايات، ظاهر المدونة: المنع إلا لضرورة أو يحتاج فيأخذها لحاجته.

والهبة: تمليك ذات الشيء بلا عوض، أما تمليك المنفعة: فهو إما وقف، وإما عارية إن قيد بزمن ولو عرفاً، وإما عمرى إن قيِّد بحياة المعطى (بالفتح) في دار ونحوها. وخرج بقوله: «بلا عوض» هبة الثواب، فهي في حكم البيع، وتسمى هبة غير الثواب: هدية، فهي للوصال والوداد، وإن كانت بقصد ثواب الآخرة، فهي صدقة.

وأحكام الهبة والصدقة واحدة. وهبة الفضولي باطلة بخلاف بيعه فإنه صحيح وإن كان غير لازم، فيجوز للمشتري التصرف في المبيع قبل

---

(1) الذخيرة 223/6-295، الشرح الكبير 97/4-117، الشرح الصغير 139/4-163 القوانين الفقهية: ص 366 - 369، بداية المجتهد 322/2 - 327.

امضاء المالك البيع، لأن صحة العقد، ترتُّب أثره عليه[1] من جواز التصرف في المعقود عليه.

وهي من التبرعات المندوبة، كالصدقة، لما فيها من المحبة وتأليف القلوب إن صح القصد، لقوله تعالى: ﴿ وَءَاتَى ٱلْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِۦ ذَوِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَـٰمَىٰ وَٱلْمَسَـٰكِينَ وَٱبْنَ ٱلسَّبِيلِ ... ﴾ [البقرة: 177] ، وقوله ﷺ: «تهادوا تحابوا»[2].

وقوله: «لا تحقرن جارة أن تهدي لجارتها ولو فِرسن شاة»[3] أي: ظلفها.

وقوله: «العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه»[4].

أركانها: أربعة وهي: الواهب، والموهوب له، والموهوب، والصيغة.

أما الواهب: فهو المالك إذا كان صحيحاً مالكاً أمر نفسه، فإن وهب المريض ثم مات، كانت هبته في ثلثه عند الجمهور، وإن صح صحت الهبة، ويجري مجرى المريض: كلّ ما يخاف منه الموت، كالوجود بين الصفين في القتال وقرب الحامل من الوضع، وراكب البحر الهائج.

وشرط الواهب: أهلية التبرع وعدم الحجر، فلا تصح هبة السفيه، والصبي، ومن أحاط الدَّين بماله، والسكران، والمريض، والزوجة، فيما زاد على الثلث، لكن هبة المريض والزوج صحيحة موقوفة على

---

(1) هذا خلاف المشهور عند الأصوليين، وهو أن الصحة معناها: موافقة الفعل ذي الوجهين الشرع، كما جاء في جمع الجوامع وحواشيه.
(2) رواه أصحاب الكتب الستة عن أبي هريرة وغيره.
(3) رواه البخاري، ومسلم (الشيخان)، والترمذي عن أبي هريرة رضي الله عنه.
(4) رواه أصحاب الكتب الستة عن ابن عبّاس رضي الله عنه.

إجازة الوارث والزوج، كمن أحاط الدَّين بماله، فإن هبته صحيحة موقوف على ربّ الدَّين، وأما هبة السفيه والصغير فباطلة كالمرتد.

وأما الموهوب له: فهو كلّ إنسان، ويجوز أن يهب الإنسان ماله كله لأجنبي اتفاقاً.

وأما هبة جميع ماله لبعض ولده دون بعض، أو تفضيل بعضهم على بعض في الهبة، فمكروه عندالجمهور، وإن وقع جاز، والعدل: هو التسوية بين الورثة.

وشرط الموهوب له: قبول الملك.

وأما الموهوب: فهو كلّ مملوك، يقبل النقل، مباح في الشرع، سواء كان معلوماً أو مجهولاً عينه أو قدره. فتصح هبة مالا يصح بيعه كالآبق، والبعير الشارد، والمجهول، والثمرة قبل بدو صلاحها، والمغصوب، خلافاً للشافعي. وتصح هبة الكلب المأذون في اتخاذه.

وتجوز هبة المشاع عند الجمهور غير الحنفية، وتجوز هبة المرهون، ويجبر الواهب على افتكاكه، ومنعه الشافعي.

وتجوز هبة الدَّين لمن هو عليه اتفاقاً، ولغيره خلافاً للشافعي، وهبة الدَّين: إبراء، فلا بد من قبوله، لأن الإبراء يحتاج إلى قبول.

ويتفرع عن ضوابط الموهوب أو شروطه: أن الهبة لا تصح في حر لأنه غير مملوك، ولا فيمن هو مملوك لغيره وهي هبة الفضولي كما تقدم فهي باطلة بخلاف بيعه. فإنه صحيح غير لازم، والفرق بين بيع الفضولي وهبته: أن بيعه في نظير عوض يعود على المالك، بخلاف هبته، ومثلها: وقفه، وصدقته، وعتقه، فمتى صدر واحد من هذه الأربعة، من فضولي، كان باطلاً، ولو أجازه المالك.

ولا تصح فيما لا يقبل النقل شرعاً، كأم الولد والمكاتب.

وأما الصيغة: فهي كلّ مايقتضي الإيجاب والقبول، من قول أو

فعل، كلفظ الهدية، والعطية، والنِّحلة وشبه ذلك. فتصح الهبة بكلِّ ما دل على التمليك صراحة، مثل وهبت، وملَّكت، أو معنى ودلالة إن فهم معناها، من قول: مثل خذ، أو فعل مع قرينة دالة على التمليك، مثل تحلية ولده مطلقاً، ذكراً أو أنثى، صغيراً أو كبيراً، كانت التحلية جائزة أو محرمة؛ لأن التحلية قرينة على التمليك مالم يُشهد الواهب بأن التحلية لولده على وجه الإمتاع، لأن مقصود الشرع الرِّضا، فأي شيء دل على مقصود الشرع اعتبر، لقوله عليه السلام: «لا يحل مال امرىء مسلم إلا عن طيب نفس منه»[1]. والقبول في ظاهر المذهب على التراخي، وعند الشافعي: على الفور

أنواع الهبة: الهبات على قسمين: هبة رقبة، وهبة منفعة.

وهبة المنفعة: كالعارية، والعمرى على ما سيأتي بيانه.

وهبة الرقبة ثلاثة أنواع:

1 ـ لوجه الله تعالى: وتسمى صدقة، فلا رجوع فيها أصلاً، ولا اعتصار (رجوع الوالد فيما يهبه لولده) ولا ينبغي للواهب أن يرتجعها بشراء ولا غيره. وإن كانت شجراً فلا يأكل من ثمرها، وإن كانت دابة فلا يركبها إلا أن ترجع إليه بالميراث.

2 ـ هبة التودد والمحبة: فلا رجوع فيها إلا فيما وهبه الوالد لولده صغيراً كان أو كبيراً، فله أن يعتصره، وذلك أن يرجع فيه، وإن قبضه الولد.

وإنما يجوز الاعتصار بخمسة شروط، وهي:

ألا يتزوج الولد بعد الهبة، ولا يحدث ديناً لأجل، وألا تتغير الهبة

---

(1) رواه أبو داود.

عن حالها، وألا يحدث الموهوب له فيها حدثاً، وألا يمرض الواهب أو الموهوب له.

فإن وقع شيء من ذلك، فيفوت الرجوع.

واختلف في اعتصار الأم، فقيل: تعتصر لولدها الصغير والكبير مادام الأب حياً، فإن مات لم تعتصر للصغار، لأن الهبة للأيتام كالصدقة، فلا تعتصر.

وقال ابن الماجشون: تعتصر إن كانت وصياً عليهم، أو لم تكن الهبة قد حيزت في حياة الأب، ولايلحق بهاالجد والجدة على المشهور.

وقال الشافعي: يعتصر الأب، والأم، والجد، والجدة، ولا يسقط الاعتصار عنده في شيء مما ذكر، ودليله واضح وهو قول النبي ﷺ: «ليس لأحد أن يعطي عطية، فيرجع فيها إلا الوالد، فيما يعطي ولده»[1]. وكالوالد: سائر الأصول.

3 ـ هبة الثواب: على أن يكافئه الموهوب له، وهي جائزة في حكم البيع، خلافاً للشافعي، والموهوب له مخير بين قبولها أو ردها، فإن قبلها فيجب عليه أن يكافئه بقيمة الموهوب، ولا يلزمه الزيادة عليها، ولا يلزم الواهب قبول ما دونها.

وحكم هبة الثواب كحكم البيع، يجوز فيها مايجوز في البيوع، ويمتنع فيها ما يمتنع فيها من النسيئة وغير ذلك.

وإن اختلف الواهب والموهوب له في مقتضى الهبة، نظر إلى شواهد الحال، فإن كانت بين غني وفقير، فالقول قول الفقير مع يمينه.

فإن لم يكن شاهد حال، فالقول قول الواهب مع يمينه.

---

(1) رواه أصحاب السنن الأربعة عن ابن عمر، وابن عبّاس رضي الله عنهما.

وإذا أهدى فقير إلى غني طعاماً عند قدومه من سفر أو شبهه، فلا ثواب له عليه.

صفة الهبة: يثبت الملك في الهبة بمجرد العقد، ويصبح لازماً بالقبض، فلا يحل الرجوع بعدئذ. أما قبل القبض فيصح للواهب الأب فقط، لا الجد اعتصار الهبة، أي: أخذها من ولده، قهراً عنه، بلا عوض، مطلقاً، ذكراً أو أنثى، صغيراً أو كبيراً، فقيراً أو غنياً، سفيهاً أو رشيداً، حازها الولد أو لا.

والحق عند المحققين: أن الاعتصار يكون بكلِّ لفظ يدل على استرجاع الهبة من ولده، سواء كان بلفظ اعتصار أو غيره.

وكذلك يجوز للأم في المعتمد الاعتصار إذا وهبت صغيراً ذا أب، أو كبيراً لا يتيماً، فليس لها الاعتصار منه، واعتصارها من ذي الأب ما لم يتيَّم بعدالهبة، فإن تيتم فليس لها الاعتصار منه، لأن يتمه مفوِّت للاعتصار، على المذهب.

فالحاصل: أن الأم لها اعتصار ماوهبته لولدها غير اليتيم، لا من تيتَّم، ولو بعد الهبة، أي: فيجوز للأم أن تعتصر ما وهبته إلا إذا كان كبيراً فلها الاعتصار منه مطلقاً، سواء كان له أب وقت الهبة أولا، وإن كان صغيراً فلها ذلك بشرطين: أن يكون له أب وقت الهبة، وألا يتيتم بعد الهبة، لكن لو وهب الوالد للولد وأريد به الآخرة، أي: ثوابها، لا مجرد ذات الولد، فلا اعتصار لهما، لأنها صارت حينئذ كالصدقة، وكذا إذا أريد بها الصلة والحنان.

وموانع الاعتصار: عدم توفر شروطه المتقدمة.

وتكون موانع الرجوع بالهبة بين الوالد وولده عندالمالكية أربعة:

1 ـ فوات الهبة عند الولد: وفواتها يكون بزيادة أو نقص في ذاتها، لا بتغير الأسعار.

2 ـ تزويج الولد الموهوب له: أو مداينته لأجل يُسْره بالهبة.

3 ـ مرض الواهب من أب أو أم: أو مرض الولد الموهوب له، بأن كان المرض مخوفاً، لأنه بالمرض يتعلق حق ورثته بالهبة، وإذا مرض الواهب كان رجوعه لصالح غيره من الورثة.

4 ـ ألا يقصد الواهب من أب أو أم: بهبته لولده ثواب الآخرة، أو الصلة والحنان، لأن الهبة صارت والحالة هذه كالصدقة، ولا رجوع في الصدقة.

وأما غير الأب والأم: فلا يجوز له الرجوع في هبته بعد تمامها.

والحاصل: لا يجوز عند الجمْهور غير الحنفية للواهب الرجوع في هبته بعد تمامها[1] إلا للأب في هبته لولده، فإنه يجوز له أن يسترجع ما وهبه لولده، قهراً عنه، بلا عوض. ويسميه المالكية اعتصاراً. ودليلهم الحديث المتقدم: «لا يحل للرجل أن يعطي العطية، فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده».

شرط الهبة ـ القبض:

شرط الهبة: هو الحوز أو القبض، على أنه شرط تمام، لا لزوم ولا صحة، أي: أنه شرط لكمال الفائدة، بمعنى أن الموهوب يُملّك بمجرد العقد، أي: بالقول على المشهور عند المالكية، فتنعقد الهبة، وتلزم بالقول، ويجبر الواهب على التسليم أو على إقباضها، فإن مات الواهب قبل الحوز، بطلت الهبة، إلا أن يموت من مرضه ذلك، فإن أفاق، صحت ولزمت، وأجبر الواهب على الإقباض.

---

(1) وقال ابن القاسم: للواهب الرجوع في الهبة حتى يعطى قيمتها، أو أكثر من قيمتها عند مطرف وهو مذهب الحنفية، نظراً لضعف العقد، وقياساً على الوصية.

وإن أفلس الواهب بطلت، ولو بقي في الدار الموهوبة باكتراء أو اعتمار أو غير ذلك حتى مات، بطلت.

فإن وهبها الواهب لرجل آخر قبل القبض، فإن حازها الثاني، فاختُلف: هل تكون للأول أو للحائز؟ وإن لم يحزها الثاني فهي للأول.

ولو باعها الواهب قبل القبض نفذ البيع، وكان الثمن للموهوب له، إذا علم بالهبة. فإن لم يعلم بالهبة، فله أن ينفذ البيع. ولا يشترط الحوز في هبة الثواب.

والقبض عند الحنفية والشافعية شرط صحة، وكذا عند الحنابلة إذا كان الموهوب مكيلاً أو موزوناً، لإجماع الصحابة على ذلك.

هبة المعدوم: تجوز هبة الثمر والزرع قبل الصلاح، وما تلد الأغنام، أو ما في ضروعها من اللبن، أو ما على ظهورها من الصوف.

وتجوز هبة مالا يصح بيعه، كالآبق، والبعير الشارد، والمجهول والمغصوب.

وذلك لأن عقود المعاوضة كالبيع والإجارة، يقصد منها تنمية الأموال، فلا يجوز فيها الغرر والجهالة، صوناً للمالية من الضياع في أحد العوضيين أو في كليهما، لذا ورد الشرع بالنهي عن بيع الغرر المجهول.

أما مالا معاوضة فيه كالهبة، والوصية، والإبراء، فلا يقصد فيه التنمية، بل هو ممحقة للمال، فلا يضره الغرر والجهالة، ويجوز العقد المشتمل على ذلك.

ويجوز الغرر في خمس مسائل: الهبة، والحمالة (الكفالة) والرهن عند ابن القاسم، إلا في رهن الجنين، كرهه ابن القاسم، وأجازه مالك، والخلع عند ابن القاسم، والصلح في العمد مختلف فيه.

مبطلات الهبة: تبطل الهبة بحصول مانع قبل حوزها من الموانع الآتية:

1 ـ ثبوت دين على الواهب قد أحاط بماله.

2 ـ مرض الواهب أو جنونه المتصل كل منهما بموته.

3 ـ موت الواهب قبل إيصال الموهوب للموهوب له ؛ وتعود ميراثاً، ما لم يشهد الواهب أنها لفلان، وإلا صحت.

4 ـ موت الموهوب له المعين قبل إيصال الهبة له، إن لم يشهد الواهب حين الإرسال أنها له.

5 ـ أن يهبها واهبها لشخص آخر غير الأول، ويحوزها الثاني قبل الأول، لتقوّي جانب الثاني بالحيازة.

العمرى والرقبى:

أجاز المالكية العمرى، وأبطلوا الرقبى كالحنفية(1).

أما العمرى: فهي تمليك منفعة عقار أو غيره لشخص بغير عوض مدة حياته، فإذا مات المعمر له، رجع الشيء المعمر لمن أعمره له، إن كان حياً، ولورثته إن كان ميتاً، أي: إنها تمليك شيء مملوك مدة حياة المعطى (بفتح الطاء) بغير عوض.

كأن يقول: أعمرتك داري أو ضيعتي، أو وهبت لك سكناها أو استغلالها، فهو قد وهب له منفعتها طوال حياته، فإذا مات رجعت لصاحبها.

فهي تمليك للمنفعة لا للذات.

وهي تملك بالقبول من المعمر له، فيجبر المعمر على دفعها للمعمر

---

(1) القوانين الفقهية: ص372.

له، لكن لا يتم الملك فيها إلا بالحوز قبل حصول مانع للمعمر، فإن حازها المعمر له قبل حدوث مانع للمعمر تمت، وإن لم يحزها حتى حصل مانع له، من موته أو إحاطة دين بماله، أو جنون أو مرض اتصل كل منهما بموته، بطلت ورجعت لصاحبها إن كان حياً، ولورثته إن مات. والجدّ من المعمر له في طلبها يقوم مقام حوزها.

ويكون مرجع العمرى كما تقدم إلى المعمر إن كان حياً، أو لورثته يوم موته، لا يوم المرجع.

والعمرى عند الحنفية والشافعية تؤول إلى هبة مقرونة بشرط باطل، فتصح ويبطل الشرط. أما عند المالكية فالملك فيها للمنفعة لا للذات، وتؤول للمعمر بعد موت المعمَر له، إن كان حياً، ولورثته إذا مات، وتملك بالعقد من إيجاب وقبول، ولكن لا تتم إلا بالحوز قبل حصول مانع للمعمِر.

والرقبى: هي اتفاق اثنين على أن من مات منهما قبل الآخر، يكون ماله للآخر الحي. كأن يقول شخص لآخر: هذه الدار لك رقبى أو حبيسة. فإن مت قبلك فداري لك، وإن متّ قبلي فدارك لي. فهي عارية في يده ويأخذها منه متى شاء، عند أبي حنيفة ومحمد، لأن النَّبي ﷺ أجاز العمرى وأبطل الرقبى[1].

وهي باطلة عند المالكية. ويرى أبو يوسُف، والشافعية، والحنابلة: أنه إذا قبضها فهي هبة، وقوله: «رقبى أو حبيسة» باطل، لأن النَّبي ﷺ أجاز العمرى والرقبى»[2].

* * *

---

(1) حديث غريب كما قال الزيلعي، أي لا أصل له.

(2) حديث ثابت عن جابر، رواه الترمذي وابن ماجه.

الفَصلُ الرَّابعُ عَشَر
الإيداع ـ أو الوديعة

تعريف الإيداع، ومشروعيته وأركانه، وشروطه وأحكامها، وضمان الوديعة والانتفاع بها، وحالات التقصير الموجبة لضمانها[1].

تعريف الإيداع ومشروعيته:

الإيداع: عقد يفيد توكيل المالك غيره، في حفظ شيء مملوك، أو محترم مختص، على وجه مخصوص. فيصح إيداع الخمر المحترمة: وهي التي يملكها شخص أسلم وكانت عنده، أو ورثها منه وارثه، وجلد ميتة يطهر بالدباغ، وزبل، وكلب معلَّم للصيد، أما غير المختص كالكلب الذي لا يقتنى، والثوب الذي طيَّرته الريح ونحوه، فهذا لا اختصاص فيه، لأنه مال ضائع، مغاير لحكم الإيداع، أو هو استنابة في حفظ المال.

ويقال لدافع الوديعة: مودِع (بكسر الدال) ولآخذها مودَع (بفتح الدال) أو وديع.

والوديعة: مأخوذة من الوَدْع (بفتح الواو) بمعنى الترك، وهي على وزن فعيلة بمعنى مفعولة. وحقيقتها عرفاً: مال موكَّل على حفظه.

---

(1) الذخيرة 137/9-187، الشرح الصغير 549/3-567، الشرح الكبير 419/3-432 القوانين الفقهية: ص 374 وما بعدها، بداية المجتهد 305/2 - 307.

والأصح أن يقال: الإيداع عقد، لا الوديعة عقد.

والإيداع مندوب، لقوله تعالى: ﴿ ۞إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا﴾ [النساء: 58] وقوله سبحانه: ﴿ فَلۡيُؤَدِّ ٱلَّذِي ٱؤۡتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ﴾ [البقرة: 283].

وقوله ﷺ: «أدِّ الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك»(1).

أركانه: له أركان أربعة، وهي: مودع (بكسر الدال) وهو المالك، ومودَع(بفتح الدال) أو وديع وهوالحافظ، ووديعة: وهي المال المراد حفظه، وصيغة: وهي الإيجاب والقبول بكلّ ما يدل على الإيداع، سواء كان باللفظ الصريح مثل: استودعتك أو استحفظتك هذا المال، فيقول الآخر: قبلت، أو بالفعل الدال على الإيداع، كترك متاع أمام جالس، ينظر إليه بدون اعتراض منه، أو وضع حيوان في حظيرة أمام حارسها بدون نطق، فيتم الإيداع بمثل هذا عُرفاً.

والفرق بين الإيداع والأمانة: أن الإيداع أخص من الأمانة، لأن الأمانة لا يلزم أن تكون بعقد، أما الإيداع فهو نتيجة عقد.

شروطه:

يشترط في العاقدين (المودع والوديع): التكليف (البلوغ والعقل) وأهلية التوكيل والتوكل. فلو استودع شخص صبياً ولو مميزاً على مال، فاستهلك الصبي الوديعة، فلا ضمان عليه، لوجود التسليط من المودع، فهو المفرط في ماله، ولا ضمان عليه، إلا إذا أذن له وليه في الإيداع، واشترط الحنفية التميز في المودِع، والتكليف في الوديع فقط.

ويشترط في المال المودَع: أن يكون قابلاً لوضع اليد عليه، فلا ينعقد إيداع طير في الهواء، أو إيداع سمك في الماء.

---

(1) رواه أبو داود والترمذي، وقال: حديث حسن.

مقتضى الإيداع أو أحكامه: يترتب على الإيداع ما يأتي:

1 ـ وجوب حفظ المال المودَع على الوديع.

2 ـ رد المال المودَع إلى المودِع عند طلبه، ولا يجوز تأخير رده، وإلا ضمن تلفه.

3 ـ تسليم الوديعة لمودعها أو لوكيله أو رسوله، فلو سلّمها إلى غيرهما ضمن إلا بالإكراه، ومؤنة الرد على المودِع، لا على الوديع.

4 ـ الوديعة أمانة في يد الوديع، أو ورثته بعد موته، فإن لم توجد في التركة كان ضمانها فيها.

ضمان الوديعة أو صفتها:

الوديعة أمانة جائزة من الطرفين، فلكل واحد منهما حلها متى شاء، فهي عقد غير لازم.

وهي أمانة في يد الوديع، فلا يضمنها إلا بالتعدي أو بالتقصير في حفظهاو إلا إذا كان الإيداع بأجر، فتكون مضمونة حينئذ. ودليل كونها أمانة، قول النَّبي ﷺ: «ليس على المستعير غير المُغلّ ضمان، ولا على المستودع غير المغل ضمان»[1].

وقوله: «لا ضمان على مؤتمن»[2].

فهي تضمن بتفريط رشيد، لا بتفريط صبي ولا سفيه، لعدم صحة وكالتهما.

وضمان الوديعة بأداء مثلها إن كانت مثلية، وبقيمتها إن كانت قيمية.

---

(1) رواه الدارقطني والبيهقي، وفي إسناده ضعيفان (نيل الأوطار 296/5).

(2) رواه الدارقطني، وفيه ضعيف (المرجع السابق).

وإذا شرط المودع على الوديع شروطاً في طريقة حفظها، وجب اتباعها، إذا كانت لمصلحة حفظها، فإذا خالفها، فتلفت الوديعة، كان ضامناً لتقصيره، ما لم تكن المخالفة لضرورة، كنقلها من مكان معين إلى آخر، بسبب هدم أو غرق أو نار.

الانتفاع بالوديعة والتصرف فيها:

الوديعة أمانة، في يد الوديع، وحق المودع في عينها أو ذاتها، فليس للوديع الانتفاع بالوديعة، فإذا انتفع كان متعدياً، بانتفاعه، فإذا تلفت أو تعيبت ضمنها كركوب الدابة ولبس الثوب. وإذا أذن له المودع بالانتفاع بها صارت عارية لا وديعة.

وليس للوديع أيضاً أن يتصرف بالوديعة بإيداع أو إجارة أو إعارة، أو رهن، ولا أن يسافر بها إلا إذا اضطر إلى السفر، ولم يمكنه أن يتركها عند آخر، لعدم وجود أمين يتركها عنده، وإلا أن تعطى له في سفر، وإلا أن ترد بعد سفره بها أو بعد الانتفاع بها سالمة، لموضع إيداعها، ثم تلفت أو ضاعت بعد ذلك بلا تفريط، فلا يضمن، والقول للوديع في ذلك لأنه أمين.

والمنع من السفر هو مذهب الجمهور، وأجاز الإمام أبو حنيفة للوديع أن يسافر بالوديعة إذا كان الطريق آمناً، ولم ينهه صاحب الوديعة، بأن كان العقد مطلقاً، لأن الأمر بحفظ الوديعة صدر مطلقاً عن تعيين المكان، فلا يجوز التعيين إلا بدليل، فلو سافر، فتلفت الوديعة لا يضمن الوديع.

ويحرم على الوديع تسلّف الوديعة القيمية، كثياب وحيوان، بغير إذن صاحبها، لأن القيميات تراد لأعيانها، وسواء كان المتسلف ملياً (أو مليئاً) أو مُعدِماً. ويحرم تسلف مُعْدِم، أي: معسر، ولو لمثلي لأنه مظنة عدم الوفاء، والشأن عدم رضا صاحبها بذلك.

ويكره للملي (المليء) تسلُّف النقود والمثليات [1]، لأن المليء مظنة الوفاء، والكراهة لأن المثليات لا تراد لأعيانها، ومحل الكراهة: إذا لم يكن سيىء القضاء (الوفاء) ولا ظالماً، وإلا حرم.

والربح الحاصل من التجارة للوديع، ويرد على صاحب الوديعة مثل المثلي، وقيمة المتقوم (القيمي).

ويبرأ متسلف الوديعة، والتاجر فيها بلا إذن إن رد المثلي لمحلّه الذي أخذه منه، سواء كان المثلي نقداً أو غيره، وسواء كان السلف له مكروهاً كالمليء، أو محرماً كالمعدِم (المعسر). وصدّق المتسلف في رده لمحله إذا لم تقم له بينة، إن حلف، فالقول له بيمينه أنه رده.

ضمان الوديعة في التركة وبسبب جحودها:

تؤخذ الوديعة من تركة الوديع، حيث ثبت أن عنده وديعة، إذا لم توجد بعينها، ولم يوص بها قبل موته، لاحتمال أنه تسلفها إلا إذا مضت عشرة أعوام من يوم الإيداع، فلا تؤخذ من تركته إذا لم توجد ولم يوص بها، إن لم تكن أودعت ببينة توثقها، فتؤخذ من تركته حينئذ مطلقاً، ولو زاد الزمن على العشر سنين.

وتضمن الوديعة بجحدهامن الوديع عند طلبها، بأن قال لصاحبها: لم تودعني شيئاً، ثم اعترف أو أقام عليه صاحبها بينة بالإيداع، حتى ولو أقام الوديع بينة على ردها لصاحبها أو على الإتلاف لها بلا تفريط، لأنه أكذب البينة بحجوده.

حالات التقصير في الوديعة:

يجب ضمان الوديعة عندالتقصير بالمحافظة عليها، وأسباب التقصير (أو حالاته) تسعة وهي:

---

(1) هذا من عطف العام على الخاص، لإبراز الخاص بالبيان.

1 ـ إيداع الوديعة عند غيره بغير عذر: إذا أودع الوديع الوديعة عند غيره لغير عذر، ضمنها، فإن فعل ذلك، ثم استردها، فضاعت، ضمن. وإن فعل ذلك لعذر كالخوف على منزله أو لسفره، لم يضمن.

2 ـ نقل الوديعة: إن نقل الوديعة من بلد إلى بلد، ضمن، أما إذا نقلها من منزل إلى منزل، فلا يضمن.

3 ـ خلط الوديعة بغيرها: إن خلط الوديعة بما لا يتميز عنه، مما هو غير مماثل لها، كخلط القمح بالشعير، ضمن، فإن خلطها بما تنفصل عنه، كذهب بفضة، لم يضمن.

4 ـ الانتفاع بالوديعة: لو لبس الوديع الثوب أو ركب الدابة، فهلكت في حال الانتفاع ضمن، وكذلك إن استلف أو تسلف النقود أو المكيل أو الموزون، فهلك في تصرفه فيه، يضمنها.

5 ـ المخالفة في كيفية الحفظ: مثل أن يأمره ألا يقفل عليها، فقفل، فإنه يضمن.

6 ـ التضييع والإتلاف: بأن يلقي الشيء في مضيعة أو يدل عليها سارقاً، أو يرشد إليها من يصادره، فيضمن. هذا مع العلم بأن أسباب الضمان ثلاثة: الإتلاف، والتسبب له، ووضع اليد العاديّة، أي: المعتدية.

7 ـ جحود الوديعة: إذا جحد الوديع الوديعة، وشهدت البينة بها، ضمن، لأنه بالجحد صار غاصباً.

8 ـ ترك الوصية بها عندالموت: فإنه يضمنها، وتؤخذ من تركته، لأن تر كها تحت يده موجب للقضاء بأنها ملكه، فإذا لم يوص بها، فقد ضيعها.

9 ـ التقصير في الإشهاد على الرد بعد القبض ببينة: إذا ادعى ردها على صاحبها، وقد قبضها ببينة، ولم يشهد على ذلك، ضمن. أي: إنه

يصدَّق في رد الوديعة لصاحبها، إلا أن يقبض ذلك ببينة، فلا يبرأ إلا ببينة. ولو قبض ببينة، صدِّق في الضياع والسرقة، لأن الإشهاد عليه متعذر. وقال أكثر الأئمة: يصدَّق وإن قبض ببينة.

ودليل المالكية: أنه لما أشهد عليه فقد جعله أميناً في الحفظ دون الرد، وحينئذ يكون المودع قد ادعى على الوديع ما ليس أميناً فيه، فيضمن.

* * *

الفَصلُ الخَامِسُ عَشَر
الإعَــارَة ـ أو العَــارِيَة

تعريف الإعارة، ومشروعيتها، وأركانها، وشروطها، وحكمها أو مقتضاها، وضمان العارية، والانتفاع بالعين المستعارة، ومؤنة العارية، وانتهاء الإعارة[1].

تعريف الإعارة ومشروعيتها:

الإعارة: مأخوذة من التعاور، بمعنى: التداول، أو من العُرُوّ بمعنى: الإصابة. أو العروض: أي: الطروء، أو بمعنى: الخلو، يقال: عرا عنه بمعنى خلا، وأُنكر على من قال: إنها من العار، لأن فعلها أمر مندوب، والمستعير المحتاج ليس عليه عار، والعار في المستقبح شرعاً.

وهي فقهاً: تمليك منافع العين بغير عوض، أو تمليك منفعة مؤقتة بلا زمن، فخرج البيع لأنه تمليك ذات، وكذا الهبة، والصدقة، والقرض. وتأقيتها إما بزمن أو فعل: نصاً أو عرفاً. وخرجت الإجارة، لأنها تمليك بعوض، والحبس المطلق كحبس بيوت على طلبة العلم، للانتفاع بأجرتها، لأن فيه تمليك انتفاع، لا منفعة.

---

(1) الذخيرة 197/6 - 221، الشرح الصغير 569/3 - 579، الشرح الكبير 433/3 - 441، القوانين الفقهية: ص 373، بداية المجتهد 308/2 - 310.

والعارية (بتشديد الياء): هي الشيء المعار، أي: المملّك منفعته. والأصح أن يقال: الإعارة عقد، لا العارية، فهي الشيء المستعار.

وهي مندوب إليها إن وقعت من مالك الذات أو المنفعة، لأنها من التعاون على الخير والمعروف، قال الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: 2] ووبخ الله تعالى الذين يمنعون العارية بقوله: ﴿وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ﴾ [الماعون: 7]: وهو كلّ ما يستعيره الجيران بعضهم من بعض، كالدلو والفأس والإبرة ونحوها، واستعار النّبي ﷺ فرساً من أبي طلحة: فركبه[1].

وفي رواية لأبيّ: أنه ﷺ استعار درعاً من صفوان بن أمية، يوم حنين، فقال: أغصباً يا محمد؟ فقال: بل عارية مضمونة[2].

أركانها: أربعة، وهي المعير، والمستعير، والشيء المعار أو المستعار، والصيغة.

أما المعير: فهو مالك المنفعة بلا حجر عليه، ولا يشترط فيه إلا كونه مالكاً للمنفعة، أهلاً للتبرع: غير محجور عليه، فتصح من مالك الرقبة (ذات الشيء) ومكتريها، ومستعيرها، ولا يصح من الصبي والسفيه والرقيق، ولو مأذوناً له في التجارة، لأنه إنما أذن له في التصرف بالعوض خاصة. ولا تصح ممن حجر عليه المالك صراحة أو ضمناً (وهو الحجر الجعلي) كما لو قامت قرينة على الحجر، كقول المالك للمستعير: لولا أخوتك ما أعرتك إياه، ولا من الفضولي، فإنه ليس بمالك لشيء، ولا من المريض مرض الموت إذا أعار عارية، قيمة منافعها أزيد من ثلثه، ولا من مالك انتفاع فقط: وهو من ملك الانتفاع بنفسه فقط، وهو من قصر الشارع له الانتفاع بالشيء على عينه،

---

(1) رواه أحمد وأبو داود النسائي، وصححه الحاكم عن صفوان بن أمية.
(2) أخرجه أبو داود والنسائي وأحمد، وصححه الحاكم عن صفوان بن أمية.

فلا يؤاجر ولا يهب ولا يعير، كساكن بيوت المدارس، والمرابط في الرُبُط، والجالس في المساجد والأسواق.

والحجر الجعلي: هو ما جعله المعير (المالك) على المستعير، بأن قال له صراحة: لا تعر العارية، أو ضمناً كأن يقول له: لولا أخوتك أو ديانتك أو نحو ذلك ما أعرتك.

فتكون الإعارة من المستعير صحيحة مالم يمنعه المالك، ويكره للمستعير أن يعير ما استعاره.

وأما المستعير: فهو آخذ العارية، وشرطهِ أن يكون أهلاً للتبرع عليه بالشيء المستعار أو بتلك المنفعة. فلا تصح الإعارة للدواب، ولا للجمادات، ولا إعارة مصحف أو كتب حديث لكافر، لأن الكافر ليس أهلاً لأن يتبر ع عليه بذلك، ولا تصح إعار ة السلاح لمن يقاتل به من لا يجوز قتاله، ولا إعارة الأواني لمن يستعملها في الخمر، أو الدواب لمن يركبها لإيذاء مسلم.

وأما المعار: فهو العين المعارة (أي: الذات) كالكتاب أو المنفعة لاستيفاء منفعتها، كالدار المعارة، ويشترط فيه شرطان:

1 ـ أن يكون مما ينتفع به مع بقاء عينه: فلا تصح إعارة الطعام وغيره من المكيلات والموزونات، لأن استيفاء منفعته بأكله، وفي أكله ذهاب عينه، وإنما يكون ذلك سلفاً، ولا تصح إعارة النقود (الدنانير والدراهم في الماضي) لاستهلاكها، لأن في استهلاكها ذهاب عينها، وعلى هذا، تكون إعارة الأطعمة والنقود قرضاً، لا إعارة، وإن وقعت بلفظ العارية، لأنه لا ينتفع بها مع بقاء عينها، ثم ردُّها لصاحبها.

2 ـ أن تكون المنفعة مباحة ينتفع بها انتفاعاً شرعياً: فلا تصح إعارة جارية للاستمتاع بها، ولا إعارة آلة لهو للعبث بها، ويكره إعارة الجارية للخدمة إلا من ذي محرم، أو امرأة أو صبي أو صغير، ويصح

إعارة كلب صيد وجلد أضحية، وجلد ميتة مدبوغ، وإن لم يجز بيعها.

وأما الصيغة: فهي كلّ ما يدل على هبة المنفعة أو تمليكها، من قول أو فعل، من غير عوض، والقول: مثل أعرتك أرضي لتزرعها، أو ثوبي لتلبسه، أو سيارتي لتركبها إلى مكان كذا. والفعل: كتقديم كتاب لمن يحتاج إليه للمراجعة، بإعطائه إياه بدون لفظ.

مقتضى العارية أو حكمها: بمعنى الأثر المترتب عليها. تتم الإعارة بالعقد من إيجاب وقبول، ويترتب عليها؛ وهو ملك المستعير لمنفعة الشيء المستعار، وهو ملك لازم إن قيدت بزمن أو عمل، أو لم تقيد ولكن جرت العادة فيها بشيء من العمل أو الزمن، فليس للمعير أن يستردها قبل انقضاء الزمن أو العمل المشترط أو المعتاد، فإن أطلقت ولم تقيد بزمن ولا عمل، فلا تلزم، ولصاحبها استردادها متى شاء، مثل: أعرتك هذه الدار أو هذه الدابة، من غير تقييد بزمن أو عمل.

والحاصل: أن المالكية يجيزون الرجوع في الإعارة المطلقة، فتكون غير لازمة، ويمنعونه في الإعارة المقيدة بالشرط أو العمل أو الزمن أو العرف والعادة، فتكون لازمة، حتى ينقضي الزمن أو العمل.

ضمان العارية:

ـ يضمن المستعير ما يُغَاب عليه: وهو ما يمكن إخفاؤه، كالثياب، والحلي، والسفينة السائرة في عُرض البحر، ما لم يقم على التلف أو الضياع بينة على حصوله، بلا سبب منه.

ـ ولا يضمن ما لا يُغاب عليه: وهو ما لا يكمن إخفاؤه كالحيوان والعقار، ولا ما قامت البينة على تلفه.

ودليلهم التوفيق والجمع بين حديثين:

أولهما ـ أنه قال عليه الصلاة والسلام لصفوان بن أمية: «بل عارية مضمونة مؤداة».

والثاني - «ليس على المستعير غير المُغِلّ - الخائن - ضمان، ولا على المستودَع غير المغل ضمان» فحمل الضمان على ما يُغاب عليه، والحديث الآخر على مالا يَغاب عليه، أي ما لا يمكن إخفاؤه.

الانتفاع بالعين المستعارة:

- إذا كانت الإعارة مقيدة بنوع من أنواع الانتفاع، فعلى المستعير الانتفاع بالنحو المقيد به بالاتفاق، وله أن ينتفع بالعارية بمثل الانتفاع أو دونه عند المالكية والشافعية، والحنفية استحساناً، ولا ينتفع بما هو أشد ضرراً مما أذن له فيه؛ ويراعى القيد في المكان والزمان والمقدار. فإذا خالف، وتلفت العارية أو نقصت، ضمن المستعير التلف أوالنقص.

وأما إذا كانت الإعارة مطلقة، لم تقيد بنوع من أنواع الانتفاع، فللمستعير الانتفاع بالعين المستعارة على النحو الذي يريده، بشرط ألا يتجاوز فيه ما هو معروف عادة في مثلها، فإن تجاوزه كان متعدياً في ذلك، فإن كانت السيارة أوالدابة للركوب، لم يجز له الحمل عليها.

مؤنة العارية:

مؤنة العارية (نفقتها) اللازمة لأخذها من محلها، أو ردها إليه، أو لحفظها: على المستعير، لأنه قبضها لمنفعته، وأما اللازمة لحياتها كعلف الحيوان: فهي على مالكها المعير عند المالكية، والشافعية، والحنابلة، وهي على المستعير عند الحنفية.

انتهاء الإعارة:

- إذا كانت الإعارة مقيدة بمدة أو بعمل، تنتهي بمضي المدة، أو بانتهاء العمل.

- وإذا كانت مطلقة: انتهت بطلب المعير ردها، وكذا تنتهي عند الحنفية بموت المعير أو المستعير.

الفَصلُ السَّادِسُ عَشَر
التَّفلِيس

تعريفه ومشروعية الحجر على المفلس، وأحواله، وأحوال المشتري إذا أفلس أو مات قبل أداء الثمن، أحكام التفليس[1].

تعريف التفليس والحجر على المفلس:

التفليس لغة: النداء على المفلس وشهره بين الناس بصفة الإفلاس المأخوذ من الفلوس التي هي أخسّ الأموال، أي: إنه صار المفلس صاحب فلوس، بعد أن كان ذا ذهب وفضة. واصطلاحاً: خلع الرجل من ماله لغرمائه، أو هو جعل الحاكم المديون مفلساً، بمنعه من التصرف.

والفَلَس: عدم المال. وصار المفلس عرفاً: من لا مال له، وهو المُعْدِم أو العديم. أي: الذي افتقر، واستعمل الفلس في عدم المال، بأن يحيط الدَّين بماله. وشرعاً: من لا يفي ماله بدينه، أوالذي أحاط الدَّين بماله.

ويجوز عند الجمهور غير أبي حنيفة الحجر على المدين المفلس في تصرفاته المالية، حفاظاً على حقوق الدائنين وأموالهم من الضياع، وهو

---

(1) الذخيرة 157/8 - 228، الشرح الصغير 345/3 - 379، الشرح الكبير - 292 261/3، القوانين الفقهية: ص 318 - 320، بداية المجتهد 280/2 - 289.

رأي الصاحبين، والمفتى به عند الحنفية، لما روي: أن النَّبي ﷺ حجر على معاذ، وباع ماله في دين كان عليه، وقسمه بين غرمائه، فأصابهم خمسة أسباع حقوقهم، فقال لهم النَّبي ﷺ: ليس لكم إلا ذلك[1].

والوصية بالدَّين واجبة، فإن فعل وترك وفاء، لا يحبس عن الجنة لأجل الدَّين، وكذلك إذا لم يترك وفاء وأداه الإمام، وعلى السلطان قضاء الديون؛ لأن الأحاديث الواردة في الحبس عن الجنة بالدَّين منسوخة بما ألزم الله تعالى به السلطان من قضاء الدَّين.

والمعسر: لا يحبس، ولا يؤاجر، ولا يستخدم، لظاهر قوله تعالى: ﴿فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: 280] فهو يقتضي سقوط المطالبة، والأصل عدم مشروعية التضييق وعدم سببه.

أحوال المفلس فيما يتعلق بحكم القاضي بإفلاسه:

للمفلس الذي أحاط الدَّين بماله، ولم يكن في ماله وفاء بديونه: أحوال ثلاث:

الحالة الأولى ـ قبل التفليس: أي: قبل نزع ماله منه وإعطائه للدائنين: يحجر عليه ابتداء من غير حاجة إلى قضاء القاضي، فيكون للدائنين الحق في منعه من التصرف في ماله بغير عوض، وإبطال تصرفه، سواء كان دينهم حالاً أو مؤجلاً، فيمنعونه من التصرفات الضارة بمصلحتهم، كالتبرع والهبة والصدقة والوقف، والكفالة والقرض، والإقرار بدين لشخص يتهم بإن إقراره له يعد فراراً من الدَّين، كولده أو زوجه. أما من لا يتهم معه، فيقبل إقراره له، وما عدا المذكور من تصرفات المعاوضة، كالبيع والشراء، تنفذ منه.

الحالة الثانية ـ قيام الغرماء على المدين: إذا قام الغرماء (الدائنون) على المدين، ولم يرفعوا الأمر إلى الحاكم، فاستتر منهم ولم يجدوه،

---

(1) رواه الدارقطني والخلاّل، وصحح الحاكم إسناده.

فلهم أن يحُولوا بينه وبين ماله، ويمنعوه من التبرعات والتصرفات المالية بالبيع والشراء، والأخذ والعطاء، ولو بغير محاباة، ومن التزوج، ولهم قسمة ماله بالمحاصَّة، أي: بنسبة حصص ديونهم.

الحالة الثالثة ـ حكم القاضي بتفليسه: أي: بخلع ماله لغرمائه، بأن ينزع ماله منه، ويعطى للدائنين، لعجزه عن قضاء مالزمه من الديون. ولا تترتب هذه الحالة إلا بطلب الدائنين كلهم أو بعضهم، وأن يكون الدَّين حالاً، فلا يصح تفليسه بدين مؤجل، وأن يكون الدَّين زائداً على ماله.

ومتى فلَّسه الحاكم، اشترك الجميع في ماله، من طلب ومن لم يطلب.

أحكام التفليس: يترتب على تفليس المدين بحكم الحاكم خمسة أحكام:

الأول ـ أن يسجن، استبراء لأمره.

الثاني ـ أن تحل عليه الديون المؤجلة والمعجلة، في المذهب، بعد سجنه أو استتاره، كما تحل على الإنسان إذا مات، بالاتفاق.

الثالث ـ ألا يقبل إقراره بدين وشبهه، أما إن كان إقراره بعد إحاطة الديون وقبل التفليس، فيقبل فيمن لا يتهم عليه، ولا يقبل فيمن يتهم بالميل إليه، من قريب أو صديق.

وأما إقراره بعد التفليس: فلا يقبل أصلاً، ولكن يجب في ذمته متى استفاد مالاً.

الرابع ـ أن يحجر عليه عن التصرفات: فلا ينفذ تصرفه في ماله، فإن تصرف فيه بعد الديون وقبل التفليس، نفذ ما كان من تصرفه بعوض كالبيع، ولم ينفذ تبرعه: وهو ما كان بغير عوض، كالهبة.

وأما التفليس: فلا ينفذ شيء من أفعاله، سواء كان بعوض أو بغير عوض.

الخامس ـ قسمة ماله على الغرماء، بعد أن يترك له منه كسوته وما يأكله أياماً هو وأهله. ثم يجمع كلّ ما وجد له من أصول وعروض وغير ذلك، فتباع الأصول والعروض، ويقسم المجموع على الغرماء.

فإن وفى بدينه، أطلق سراحه من السجن، وبرىء من الديون.

وإن كان ماله لا يقوم بالديون، قسم قسمة المحاصة.

والعمل في المحاصة: أن ينظر نسبة ماله من جميع الديون، ويعطى كل واحد من الغرماء بحسب تلك النسبة من دينه.

مثال ذلك: إذا كان ماله عشرة دنانير، والديون عشرون ديناراً، فيعطى كلّ واحد منهم نصف دينه.

ولو كان ماله عشرة، والديون ثلاثون، أعطي كلّ واحد منهم ثلث دينه.

ويحلف المفلس: أنه ليس له مال ظاهر ولا باطن، يؤدي منه بقية دينه، وحينئذ يسرَّح من السجن.

وقال أبو حنيفة: ليس للحاكم أن يحجر على المفلس، ولا يبيع ماله بل يحبسه حتى يؤدي أويموت في السجن.

أحوال المشتري إذا أفلس أو مات قبل أداء الثمن:

من باع سلعة، ثم أفلس المشتري أو مات قبل أداء الثمن، فله ثلاث أحوال:

الأولى ـ يكون البائع أحق بسلعته في فلس المشتري أو موته، إذا كانت السلعة باقية بيد البائع. وكذلك الصانع إذا أفلس ربّ المتاع أو مات، والمتاع بيد الصانع يكون أحق بالكراء في المصنوع، وكذلك الأرض يكون الزارع في الزرع أحق في الكراء.

الثانية ـ يكون البائع أحق بالسلعة في فلس المشتري دون موته: وهو إذا كانت السلعة باقية بيد المشتري. وقال الشافعي: هو أحق بها في

الموت والفلس. وعكس أبو حنيفة الحكم.

الثالثة ـ يكون البائع فيها سواء مع سائر الغرماء في الموت والفلس، إذا كانت السلعة قد فاتت (زادت أو نقصت) أو ذهبت.

واتفق العلماء: على أن البائع إذا وجد عين ماله بيد المشتري، وقد زاد أو نقص، كان له أخذه، ويدفع فرق الزيادة، ويطالب بفرق النقص.

وإن ترتب الدين على الميت أو المفلس من كراء أو إجارة أو شيء غير البيع، فالغرماء كلهم سواء.

* * *

الفَصلُ السَّابِعُ عَشَر

الحَجْــــر

تعريف الحجر ومشروعيته، وأسبابه، ورفع الحجر عن المحجورين، وعلامات البلوغ، والولاية على مال المحجور[1].

تعريف الحَجْر ومشروعيته: الحجر لغة: المنع والتضييق، واصطلاحاً: هو صفة حكمية، توجب منع موصوفها من نفوذ تصرفه فيما زاد على قُوته، أو تبرعه بزائد على ثلث ماله. أي: فهو صفة اعتبارية لا حسية، يحكم بها الشرع، وشمل التعريف قسمين: القسم الأول المانع من نفاذ التصرف: وهو حجر الصبي، والمجنون، والسفيه، والمفلس ونحوهم، فيمنعون من التصرف في الزائد على القوت، ولو كان التصرف غير تبرع كالبيع والشراء، ويكون تصرفهم موقوفاً على إجازة الولي.

والقسم الثاني المانع من الزيادة في التبرع على الثلث: وهو حجر الزوجة والمريض مرض الموت، فلا يمنعان من التصرف إذا كان غير تبرع، أو كان تبرعاً بمقدار ثلث مالهما، وأما تبرعهما بزائد على الثلث، فيمنعان منه.

---

(1) الذخيرة 235/8 - 255، الشرح الصغير 381/3 - 404، الشرح الكبير 309 - 292/3، بداية المجتهد 275/2 - 280، القوانين الفقهية: ص 320 - 323.

والحجر مشروع إما لمصلحة المحجور، كحجر السفيه والصبي والمجنون، وإما لمصلحة الغرماء وهوالحجر على المفلس وحجر الراهن لحق المرتهن. وإما رعاية لحق الورثة، وهو الحجر على المريض والزوجة.

ودل على مشروعية الحجر آيات ثلاث، وهي: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ﴾ [النساء: 5] و ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: 6] و ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ﴾ [البقرة: 282].

وقد حجر النّبي ﷺ على معاذ ماله، وباعه في دين كان عليه[1]، وحجر عثمان بسبب التبذير على عبد الله بن جعفر[2].

أسباب الحجر: أهمها سبعة، وهي:

الصغر، والجنون، والسفه، والرق، والمرض، والأنوثة، والتفليس.

ويلحق بها العته والغفلة.

1 ـ الحجر بسبب الصغر: يحجر على الصغير دون البلوغ رشيداً، من حين الولادة إلى البلوغ، لقوله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ﴾ [النساء: 6] ولعدم توافر أهلية التصرف، بسبب نقص الإدراك اللازم للنظر في آثار التصرفات.

فلا تسلّم إلى الصغير أمواله اتفاقاً حتى يبلغ رشيداً، لقوله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: 6].

---

(1) رواه الدارقطني والبيهقي والحاكم، وصححه عن كعب بن مالك.

(2) رواه الشافعي في مسنده عن عروة بن الزبير.

- فإن بلغ رشيداً، مصلحاً للمال، ودفع إليه ماله، وفك الحجر عنه، على التفصيل التالي في أحوال ثلاث بالنسبة للذكر:

الحالة الأولى: أن يكون أبوه حياً: فيطلق من الحجر ببلوغه بدون حكم قضائي، ما لم يظهر منه سفه، أو يحجره أبوه.

الحالة الثانية - أن يكون أبوه قد مات، وعليه وصي: فلا ينطلق من الحجر إلا بالترشيد، فإن كان وصيه معيناً من الأب (الوصي المختار) فله أن يرشّده من غير إذن القاضي، وإن كان وصيه معيناً من القاضي (وصي القاضي) لم يكن له ترشيده إلا بإذن القاضي، هذا تفصيل ابن جزي، والراجح أن الوصي بنوعيه، لا يحتاج في ترشيده لإذن القاضي.

والترشيد: بأن يقول الوصي أمام العدول: اشهدوا أني فككت الحجر عن فلان، وأطلقت له التصرف، لما ثبت عندي من رشده وحسن تصرفه، وللقاضي ترشيد المحجور مطلقاً إذاثبت عنده رشده.

الحالة الثالثة - أن يبلغ، ولا يكون له أب ولا وصي، وهو المهمل: فهو محمول على الرشد، إلا أن يتبين سفهه.

وأما الأنثى: فلها الأقسام الثلاثة المذكورة أيضاً:

فأما ذات الأب إذا بلغت: فبتقى في حجره حتى تتزوج، ويدخل بها زوجها، وتبقى مدة بعد الدخول، وتلك المدة من عام إلى سبعة أعوام وذلك بالنسبة لنفسها.

وأما الحجر عليها بالنسبة للمال: فلا ينفك عنها إلا بأمور أربعة: بلوغها، وحسن تصرفها، وشهادة العدول بذلك، ودخول الزوج بها.

وأما ذات الوصي (المختار أو وصي القاضي) فلا ينفك الحجر عنها إلا بأمور خمسة: البلوغ، وحسن تصرفها، وشهادة البينة بذلك، ودخول الزوج بها، وفك الوصي حجرها بترشيدها، ولا يحتاج في الفك لإذن القاضي.

وبه يتبين أنه لا يحتاج رفع الحجر عن الصغير لقضاء القاضي، إلا إذا كان الصغير تحت ولاية القاضي ذاته، فيحتاج لترشيد القاضي، كما يحتاج ذو الوصي لترشيد الوصي.

علامات البلوغ الطبيعية: سبعة، خمسة منها مشتركة بين الذكر والأنثى، واثنان مختصان بالأنثى.

أما المختصان بالأنثى: فالحيض والحبل.

وأما المشتركة بين الجنسين: فهي إنزال المني مطلقاً في نوم أو يقظة، وإنبات شعر العانة الخشن لا الزغب، ونتن الإبط، وفرق أرنبة الأنف، وغلظ الصوت، ودليل البلوغ بالإنبات قوله ﷺ: «اقتلوا شيوخ المشركين، واستحيوا شرخهم»[1] والشرخ: الغلمان الذين لم يُنْبِتوا.

ويصدَّق الصبي في شأن البلوغ، سواء كان طالباً أو مطلوباً، إن لم يشك في شأنه، أما الطالب فكالمدعي وجود البلوغ ليأخذ سهمه في الجهاد، أو ليؤم الناس أو ليكمل به عدد جماعة الجمعة، ولو بالإنبات، وأما المطلوب: فهو كالمطلِّق زوجته أو الجاني الذي يدّعي عدم البلوغ لدرء الحد بالشبهات.

فإن لم تحدث علامة طبيعية للبلوغ، فيكون البلوغ بتمام ثمان عشرة سنة.

والرشد عند المالكية، والحنفية، والحنابلة: بصون المال فقط، دون صون الدِّين وأما الشافعية: فالرشد عندهم بصلاح الدِّين والمال معاً، فمتى كان الولد مسرفاً في دينه، فهو غير رشيد عندهم، وتصرفه مردود، وإن كان مصلحاً لدنياه. والضابط لماله عند الجمهور رشيد.

---

(1) رواه الترمذي عن سمرة بن جندب رضي الله عنه.

2 ـ الحجر بسبب الجنون:

الجنون: زوال العقل، فإن استرعب جميع الأوقات، وغلب على العقل، فهو الجنون المطبق. وإن ذهب عقله في بعض الأوقات، دون بعض فهو الجنون المنقطع.

أما المجنون جنوناً مطبقاً: فهو كالصبي غير المميز، ليس أهلاً لأيّ تصرف، سواء كان نافعاً أو ضاراً أو دائراً بين النفع والضرر، وكلّ عقد أو تصرف منه يكون باطلاً، لأنه فاقد الأهلية، حيث لا تمييز.

وأما المجنون جنوناً متقطعاً: فهو في حال ذهاب عقله فاقد الأهلية، وتكون تصرفاته كلها باطلة، كتصرفات المجنون جنوناً مطبقاً. وفي وقت إفاقته وعودة عقله إليه: تكون تصرفاته صحيحة نافذة، إذا كان مفيقاً إفاقة تامة. وإذا لم تكن إفاقته تامة، بل كان يعقل بعض الأشياء دون بعض، فإن أهليته تكون ناقصة، فتنفذ تصرفاته النافعة له نفعاً محضاً، ولا تنفذ إذا كانت ضارة، ويتوقف نفاذها على إجازة الولي إذا كانت محتملة للضرر والنفع كحكم الصبي غير المميز.

3 ـ الحجر بسبب العته:

العَتَه: قلة الفهم، واختلاط الكلام، وفساد التدبير، لاضطراب العقل، فإن كان العته شديداً، فالمعتوه كالمجنون وغير المميز تكون تصرفاته كلها باطلة، لأنه عديم الأهلية أو فاقدها.

وإن كان العته خفيفاً: بحيث يميز المعتوه بين الخير والشر، والضرر والنفع، فيكون تصرفه الضار باطلاً عندالمالكية والحنفية، وتصرفه النافع صحيحاً، وتصرفه الدائر بين الضرر والنفع موقوفاً على إجازة وليه، فهو كالصبي المميز.

4 ـ الحجر بسبب السفه:

السفه: تبذير المال وصرفه في غير موضعه الصحيح، بما لا يتفق

مع الشرع ولا يرضاه العقل، أو هو صرف المال في معصية كخمر وقمار، أو معاملة من بيع وشراء بغبن فاحش، خارج عن العادة بلا مصلحة، أو صرفه في شهوات نفسانية، على خلاف عادة مثله، في مأكله ومشربه، وملبسه، ومركوبه ونحو ذلك، أو إتلافه هدراً، كأن يطرحه على الأرض أويرميه في بحر ونحوه. فهو في الجملة: صرف المال في غير ما يراد له شرعاً.

والسفيه: المبذر، وإن كان عاقلاً بالغاً، لكنه ينفق ماله في مصارف تخرج عن حد القصد والاعتدال، وعرَّفه المالكية: بأنه المبذر لماله، إما لإنفاقه باتباعه لشهوته، وإما لقلة معرفته بمصالحه، وإن كان صالحاً في دينه.

لذا اقتضى الحجر عند الجمهور غير أبي حنيفة، فإن كان السفه قريباً من البلوغ كالصبي، فهو من حقوق الأب، وإن كان طروء السفه بعد البلوغ بأكثر من عام، فلا بد من حكم الحاكم للحجر عليه، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَٰمًا﴾ [النساء: 5].

ولم ير الإمام أبو حنيفة الحجر على السفيه، لأنه وإن ترتَّب عليه مصلحة، وهي دفع الضرر عنه، بالمحافظة على ماله، فإنه يترتب عليه مفسدة، تربو على المصلحة، وهي إهدار آدميته وأهليته وكرامته، والقضاء على حريته، وإلحاقه بالعجماوات، وهذا أشد ضرراً عليه من التبذير، فغاية السفه: الافتقار والتجرد من المال، ولا يتحمل الضرر الأعلى لدفع الضرر الأدنى. وهذا كلام جميل، لكن لا يصمد أمام صراحة الآية السابقة، لذا كان رأي الصاحبين بجواز الحجر عليه هو المفتى به، وحكم تصرفات السفيه مايأتي:

ـ ينفذ على الراجح قبل الحجر تصرف السفيه الذكر البالغ، الذي لا ولي له، ولا قيِّم عليه، ويسمى المُهْمَل، المحقق السفه، بدون إجازة

من أحد، ولو تصرف بغير عوض، سواء كان سفهه أصلياً(حدث قبل البلوغ) أو طرأ بعد بلوغ الرشد.

وكذلك ينفذ تصرف غير محقق السفه، أي: مجهوله.

ـ وترد تصرفات الصبي السفيه، والأنثى البالغة السفيهة المهملان (اللذان لا ولي لهما) إلى أن يبلغ الصبي، وإلى أن تعنس الأنثى وتقعد عن المحيض، وهو سن الأربعين (أو من خمسين إلى ستين) أو إلى أن تمضي سنة بعد دخول الزوج بها.

ـ وتصح وصية السفيه المحجور، وتنفذ، كما ينفذ طلاق زوجته وخلعه لها، ولا تلزمه هبة، ولا صدقة ولا عطية ولا شيء من المعروف، ويصح إقراره بموجب عقوبة من حد أو قصاص.

ـ وإذا حجر على السفيه: فإن كان تصرفه المالي القابل للفسخ نافعاً له كقبوله الهبة والوصية، صح ونفذ. وإن كان ضاراً به كالتبرعات، بطل ولا تلحقه الإجازة. وإن كان محتملاً الضرر والنفع، كالبيع والشراء والإجارة، كان موقوفاً على إجازة وليه، فإن أجازه ولم يكن فيه غبن فاحش، نفذ، وإن لم يجزه، أو أجازه وكان فيه غبن فاحش، فلا ينفذ، أي: إن حكم تصرفه مثل حكم تصرف الصبي المميز.

وهذا التفصيل عند المالكية، والحنفية، والحنابلة. وأما عند الشافعية: فتصرفه باطل إن كان بغير إذن وليه، ولا يصح على الأصح تصرفه المالي إن كان بإذن وليه، ويصح في النكاح ونحوه.

وأما تصرفاته التي لا تقبل الفسخ: فلا يحجر عليه فيها، فيصح طلاقه وزواجه بمهر المثل، وعفوه عن قصاص ثبت له، واستلحاق نسب أو نفيه.

5 ـ الحجر بسبب الغفلة:

الغفلة: السهو من قلة التحفظ والتيقظ والتجربة، وهي ضد الفطنة،

والمغفل شرعاً: هو من يغبن في البيوع، ولا يهتدي إلى التصرفات الرابحة في بيعه وشرائه، لقلة خبرته وسلامة قلبه، ويختلف عن السفيه في أنه لا يقصد إفساد ماله، ويختلف عن المعتوه، لأن المعتوه يخلط في كلامه، والمغفل لا يخالط.

وحكمه في الحجر عليه والخلاف فيه وحكم تصرفاته كالسفيه، فلا يحجر على المغفل عند أبي حنيفة، ويحجر عليه عند الصاحبين وبرأيهما يفتى، وعند بقية الأئمة، رعاية لمصلحته.

مبدأ الحجر على السفيه والمغفل ونهايته:

يرى ابن القاسم، ومحمد بن الحسن: أن الحجر يثبت على السفيه وذي الغفلة من وقت ظهور أمارات السفه أو الغفلة، ويزول بزاولهما، ولا يتوقف على قرار القاضي بالحجر، لأن المسبب يدور مع سببه وجوداً وعدماً.

وذهب أبو يوسُف (ورأيه هو الأرجح لدى الحنفية) وبقية الفقهاء: إلى أنه لا يثبت الحجر على السفيه والمغفَّل، ولا يرفع إلا بقرار القاضي بثبوته أو رفعه، لاختلاف الأنظار والتقديرات الاجتهادية.

وينبني على هذا الخلاف: أن تصرفات السفيه أوالمغفل قبل ظهور أمارات السفه أو الغفلة لدى الفريق الأول، وقبل صدور حكم القاضي بالحجر لدى الفريق الثاني: تكون نافذة، كتصرفات غير المحجور عليه.

6 ـ الحجر بسبب المرض(مرض الموت):

مرض الموت: هو الذي يغلب بسببه الموت بحسب رأي الأطباء أو يحدث منه الموت، ولو لم يحصل الموت به غالباً.

وضابطه في المجلة (م 1595): هو الذي يعجز الرجل أو المرأة عن ممارسة أعمالهما المعتادة، ويتصل به الموت قبل مضي سنة من بدئه،

إذا لم يكن في حالة تزايد، فإن تزايد اعتبر من تاريخ اشتداده، ولو دام أكثر من سنة. والمريض نوعان:

1 ـ مريض لا يخاف عليه الموت غالباً، كالأبرص والمجذوم والأرمد وغير ذلك، وهذا لا حجر عليه أصلاً.

2 ـ ومريض يخاف عليه في العادة، كالحمّى القوية والسُّل، وذات الجنب، وشبه ذلك، فهذا هو الذي يحجر عليه، فيمنع مما زاد على قدر الحاجة، من الأكل والشرب والكسوة والتداوي، ويمنع من التبرعات (ما يخرج من ماله بغير عوض) كالهبة، كما يمنع من الزواج بما زاد عن الثلث.

ولا ينفذ من الثلث تبرع المريض في الحال، إلا إذا كان المال المتبرع منه مأموناً، أي: لا يُخشى تغيره، وهو العقار كالدار والأرض والشجر، فإن كان غير مأمون فلا ينفذ، وإنما يوقف ولو بدون الثلث، حتى يظهر حاله من موت أو حياة.

ولا يمنع من تصرفات المعاوضات المالية، كبيع وشراء، وقرض وقراض(مضاربة) ومساقاة وإجارة، إلا إن كان فيها محاباة، فإن مات المريض، نفذ تصرفه من التبرعات في ثلث ماله، وإن عاش، نفذ تصرفه من رأس ماله كله.

7 ـ الحجر على الزوجة:

يحجر لدى المالكية فقط على المرأة المتزوجة الحرة الرشيدة، لصالح زوجها، في التصرف بغير عوض، كالهبة والكفالة، فيما زاد على ثلث مالها، قياساً على المريض، ويكون تبرعها بزائد على الثلث نافذاً، حتى يرد الزوج جميعه أو ما شاء منه، على المشهور عندهم.

وبناء عليه، ينفذ جميع ما تبرعت به، إن لم يعلم الزوج بتبرعها، حتى بانت منه بطلاق، أو علم وسكت، أو مات أحدهما.

وللزوج رد جميع ما تبرعت به الزوجة إن تبرعت بزائد على ثلثها، وله إمضاؤه وإنفاذه، وله رد الزائد فقط، وردالزوج رد إيقاف على المعتمد.

وليس للزوجة بعد الثلث تبرع، إلا أن يبعد ما بين التبرعين بنصف عام، على المعتمد عندهم.

ولها التصرف بعوض في جميع مالها، ولا يحجر عليها بالإنفاق على أبويها، ودليلهم أخبار، منها: «لا يجوز لامرأة عطية في مالها إلا بإذن زوجها، إذ هو مالك عصمتها»[1].

رفع الحجر عن المحجور عليهم:

يحكم هذا الموضوع قاعدة: أن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً، والمسبب يدور مع سببه وجوداً وعدماً، فإذا زال سبب الحجر، زال مسببه المبني عليه.

وبناء عليه:

- يرفع الحجر عن السفيه عند الجمهور(غير ابن القاسم ومحمد بن الحسن) إذا ظهر رشده، بقرار من القاضي، كما يثبت بقراره.

- وكذلك يرفع الحجر عن المغفل إذا ظهرت خبرته، واهتدى إلى حسن التصرف، وحكمه كالسفيه في بدء الحجر ونهايته.

- ويرفع الحجر عن المعتوه إذا كملت قواه العقلية، وزال اختلاطه في كلامه، من غير حاجة إلى قرار القضي.

- ويرفع الحجر عن الصغير ببلوغه رشيداً إذا كانت الولاية عليه من الأب من غير حاجة إلى قرار القاضي، وأما إذا كانت الولاية عليه من

---

(1) رواه الخمسة (أحمد وأصحاب السنن) إلا الترمذي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، بلفظ «لا يجوز للمرأة أمر في مالها إذا ملك زوجها عصمتها».

الوصي المختار من الأب، أو من وصي القاضي، فلا بد في فك الحجر عنه، من قول الوصي بنوعيه: «اشهدوا أني فككت الحجر عن فلان، وأطلقت له التصرف، كما ثبت عندي من رشده وحسن تصرفه»، ولا يحتاج لإذن القاضي في الفك، كما تقدم بيانه.

الولاية على مال المحجور عليه[1]:

الولي على المحجور عليه من صغير أو سفيه لم يطرأ عليه السفه بعد بلوغه: هو الأب الرشيد ثم وصيه، ثم الحاكم، فإن لم يكن حاكم، فالولاية لجماعة المسلمين، فلا تثبت الولاية المالية للجد والأخ والعم إلا بإيصاء الأب.

ويتصرف الولي في مال الصغير بالمصلحة، فللأب بيع مال ولده المحجور عليه مطلقاً، عقاراً أو منقولاً، ولا يتعقب بحال، ولا يطلب منه بيان سبب البيع، لأن تصرفه محمول على المصلحة، وله هبة الثواب (الهبة بعوض). واشتراط المصلحة لقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ ﴾ [الإسراء: 34].

وأما الوصي: فلا يبيع عقار محجوره إلا لسبب يقتضي بيعه، وبينة بأن يشهد العدول أنه إنما باعه لكذا، وليس له هبة الثواب من مال محجوره إلا لضرورة، لأنه إذا هلك الموهوب، لم يلزمه إلا قيمته يوم الهلاك، ويجوز أن تنقص قيمته يوم الهلاك عن قيمته يوم الهبة، وهذا ضرر باليتيم.

والحاكم أيضاً كالوصي لا يبيع مال المحجور إلا عند الضرورة، كالنفقة ووفاء الدَّين ونحوهما.

---

(1) الشرح الكبير 299/3 ومابعدها، الشرح الصغير 389/3 وما بعدها، القوانين الفقهية: ص 322.

وهناك أحد عشر سبباً لجواز بيع عقار القاصر للضرورة، من وصي أو حاكم وهي:

1 ـ الحاجة البيِّنة للبيع، كنفقة أو وفاء دين لا قضاء له إلاَّ من ثمنه.

2 ـ الخوف عليه من ظالم، يأخذه منه غصباً، أو يعتدي على ريعه، ولم يستطع رده.

3 ـ المصلحة الظاهرة (الغبطة): بأن يبيعه بزيادة الثلث على ثمن المثل فأكثر.

4 ـ أن يكون موظفاً عليه ضريبة ظالمة، فيباع ليشتري له ما لا توظيف عليه، إلا أن يكون الأول أكثر ريعاً.

5 ـ أن تكون حصته مع شريك ، فيباع ليشترى له عقار مستقل، لا شركة فيه، تخلصاً من ضرر الشركة.

6 ـ أن يكون ريعه قليلاً، أو لا ريع له أصلاً، فيباع ليستبدل له ما فيه ريع أكثر.

7 ـ أن يكون العقار بين جيران سوء في الدِّين أو الدنيا، أو لكونه بين جيران ذميين، فيباع ليستبدل به عقار بين جيران صالحين.

8 ـ أن يكون مشتركاً غير قابل للقسمة، فيبيع شريكه حصته، فيباع مع بيع شريكه.

9 ـ أن يخاف خرابه، ولا مال للمحجور عليه ، يعمر به إذا خرب، فيباع.

10 ـ أن يخاف خرابه، وله مال يعمر به، ولكن بيعه أولى من تعميره.

11 ـ أن يصبح المنزل منفرداً في مكان، لانتقال العمارة عنه.

الإذن للقاصر في التصرفات:

يجوز عند الجمهور غير الشافعية[1] أن يأذن الولي المالي للقاصر في التجارة، إذا أنس منه الخبرة، لتدريبه على طرق المكاسب، لقوله تعالى: ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ﴾ [النساء: 6] أي: اختبروهم لتعلموا رشدهم، وإنما يتحقق الاختبار بتفويض التصرف إليهم في البيع والشراء، ولأن المميز عاقل محجور عليه، فيرتفع حجره بإذن وليه، ويصح تصرفه بهذا الإذن، فلو تصرف القاصر بلا إذن، لم ينفذ تصرفه عند المالكية والحنفية، ولم يجز الشافعية الإذن للقاصر في التجارة، وإنما يسلم إليه المال، ويمتحن في المماكسة.

والإذن يكون في المعاوضات المالية، لا في التبرعات.

وينفذ تصرف المأذون إذا خلا عن الغبن الفاحش، في مذهب المالكية، وعند الصاحبين (أبي يوسُف ومحمد) من الحنفية.

* * *

---

(1) أما لو طرأ عليه السفه بعد البلوغ، فالحجر عليه للحاكم، لا للأب.

الفَصلُ الثَّامِنُ عَشَر
الغَصْبُ وَالتَّعَدِّي

وفيه مبحثان: الأول ـ في الغصب، والثاني ـ في التعدي[1].

المبحث الأول ـ الغصب:

تعريفه وتحريمه، وما يجب على الغاصب، إثبات دعوى الغصب، مستحق غلة الشيء المغصوب، البناء على الأرض المغصوبة، أو على السارية أو الخشبة، الغرس في الأرض المغصوبة، تصرف الغاصب في المغصوب، حكم نقص المغصوب وزيادته وضمانه، اختلاف الغاصب والمغصوب منه في أحوال الغصب.

تعريف الغصب وتحريمه:

الغصب لغة: أخذ الشيء ظلماً، واصطلاحاً: أخذ مال، قهراً، تعدياً، بلا حرابة. وأخذ المال: هو الاستيلاء عليه، ويشمل الغصب وغيره، كالأخذ من الوديع والمدين.

والمال: يراد به الذوات، أي: الأعيان المادية، فخرج به التعدي: وهو الاستيلاء على المنافع، كسكنى الدار، وركوب الدابة مثلاً.

---

(1) الذخيرة 256/8 - 259، 5/9 - 33، الشرح الكبير 442/3 - 461، الشرح الصغير 581/3 - 612، القوانين الفقهية: ص 329 - 333، بداية المجتهد 310/2 - 319.

و «قهراً» لإخراج السرقة ونحوها، إذ لا قهر فيها حال الأخذ، وإن أعقبها القهر بعدها، ولإخراج المأخوذ اختياراً كالمستعار والموهوب، و«تعدياً» خرج به المأخوذ قهراً بحق، كالدَّين المأخوذ من مدين مماطل، أو من غاصب، وأخذ الزكاة كرهاً من ممتنع عن أدائها، ونحو ذلك.

وكلمة «بلا حرابة» تعني: بدون مقاتلة، لإخراج المأخوذ بالحرابة، لأن حقيقتها غير حقيقة الغصب.

والغصب عند المالكية أخص، والتعدي أعم، لأن التعدي يكون في الأموال، والفروج، والنفوس، والأبدان. والغصب: أخذ ذات الشيء أو منفعته، والتعدي هنا: أخذ المنفعة وهو نوع من الغصب، والتعدي في النفوس والأبدان يبحث في باب الجنايات.

وعرَّف ابن جزي الغصب بأنه: أخذ رقبة الملك أو منفعته، بغير إذن المالك، على وجه الغلبة والقهر، دون حرابة، وذلك لأن أخذ أموال الناس بالباطل على عشرة أوجه كلها حرام، وهي:

الحرابة، والغصب، والسرقة، والاختلاس، والخيانة، والإذلال، والفجور في الخصام بإنكار الحق أو ادعاء الباطل، والقمار كالشطرنج والنرد، والرشوة، فلا يحل أخذها ولا عطاؤها، والغش والخلابة في البيوع.

والدليل على تحريم الغصب قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ ﴾ [النساء: 29] وقوله: ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَٰمَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِى بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا ﴾ [النساء: 10].

وقوله عليه الصلاة والسلام في صحيح مسلم والبخاري في حجة الوداع: «إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم، كحرمة يومكم

هذا، في شهركم هذا في بلدكم هذا».

وقوله في حديث متفق عليه أيضاً بين الشيخين: «من غصب شبراً من أرض طوّقه من سبع أرضين»[1] والتطويق: تكليف حمله يوم القيامة، لا طوق التقليد، كما قيل، والأصح: أنه تخسف الأرض به، فتصير البقعة المغصوبة في حلقه كالطوق، لما في البخاري: «من أخذ من الأرض شبراً بغير حقه، خسف به يوم القيامة إلى سبع أرضين».

وقوله عليه الصلاة والسلام: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له، وليس لعِزق ظالم حق»[2].

وقوله: «لا يحلبن أحدكم ماشية أخيه بغير إذنه[3]..».

قال في المقدمات: أخذ المال بغير حق يكفر مستحله، فإن مات وإلا قتل لكونه مجمعاً عليه في الدِّين.

ما يجب على الغاصب:

يتعلق بالغاصب حقان:

أحدهما ـ حق الله تعالى: وهو أن يضرب ويسجن زجراً له ولأمثاله، على حسب اجتهاد الحاكم.

والثاني ـ حق المغصوب منه: وهو أن يرد إليه ما غصبه منه، فإن

---

(1) قال العلماء: لم يردفي السمعيات مايدل على تعدد الأرضين إلا قوله تعالى ﴿ ٱللَّهُ ٱلَّذِى خَلَقَ سَبۡعَ سَمَٰوَٰتٖ وَمِنَ ٱلۡأَرۡضِ مِثۡلَهُنَّ ﴾ [الطلاق: 12] وهذا الحديث هنا وقيل: المثلية في العظم، لا في العدد، فلا دلالة إذن في الآية.

(2) رواه مالك مرسلاً، وأبو داود والترمذي، وقال: حديث حسن. وعرق: بالتنوين على النعت، وبعدم التنوين على الإضافة.

(3) رواه الشيخان في الصحيحين.

كان المغصوب قائماً، رده بعينه إليه، وإن كان قد فات، رد إليه مثله أو قيمته.

فيرد المثل في المثليات: وهي كلّ مكيل، وموزون، ومعدود من الطعام، والدنانير، والدارهم وغير ذلك.

ويرد القيمة في القيميات: وهي ما لا مثل له، كالعروض التجارية، والحيوان والعقار. وتعتبر القيمة في ذلك يوم الغصب، لا يوم الرد.

إثبات دعوى الغصب:

يثبت الغصب باعتراف المدعى عليه، أو ببينة، فيقضى عليه بما ذكر. وإن لم يثبت عليه الغصب، فهناك احتمالات أربعة:

الأول ـ أن يكون المدعى عليه معروفاً بالصلاح: فلا يمين عليه، ويؤدب المدعي.

الثاني ـ أن يكون المدعى عليه مستورالحال، من أوسط الناس، فلا يمين عليه، ولا يؤدب المدعي.

الثالث ـ أن يكون المدعى عليه ممن يتهم بذلك: فعليه اليمين، فإن نكل، حلف المدعي واستحق.

الرابع ـ أن يكون المدعى عليه معروفاً بالغصب: فيضرب ويهدد ويسجن حتى يعترف.

غلة الشيء المغصوب:

ـ إن كانت الغلة ولادة كنتاج البهائم فيردها الغاصب مع الأم بالاتفاق.

ـ وما أثمر عند الغاصب من نخل أو شجر أو تناسل، مثل الحيوان أوجزّ الصوف، أو حلب اللبن، فإنه يرد ذلك كله، مع ما غصب.

ـ وأما إن كانت الغلة غير ذلك، فتضمن منافع الأموال، من دور وأرض بالاستعمال فقط، ولا تضمن حالة الترك، أي: تضمن بالتفويت

دون الفوات، وذلك إذا غصب ذات الشيء. أما إذا غصب المنفعة فقط، كأن يغلق الدار، ويحبس الدابة ونحوهما، فيضمنها بمجرد فواتها على صاحبها، وإن لم يستعملها.

البناء على الأرض المغصوبة أو على الخشبة:

ـ من غصب أرضاً، فبنى فيها، فصاحبها بالخيار بين المطالبة بهدم البنيان وإزالته، ويأخذ الغاصب أنقاضه، وبين تركه، على أن يعطي الغاصب قيمة أنقاض البنيان، من خشب وقرميد وآجر وغير ذلك، تقوّم منقوضة، بعد طرح أجرة القلع.

ولا يعطيه قيمة التجصيص والتزويق وشبه ذلك مما لا قيمة له.

ـ ومن غصب سارية أو خشبة، فبنى عليها، فلصاحبها أخذها، وإن هدم البنيان، وهو قول الشافعية، وقال أبو حنيفة: إنما له قيمتها.

الغرس أو الزرع في الأرض المغصوبة:

ـ من غصب أرضاً، فغرس فيها أشجاراً، لا يؤمر بقلعها، وللمغصوب منه أن يعطي قيمتها بعد طرح أجرة القلع، كالبنيان.

ـ فإن غصب أشجاراً، فغرسها في أرضه، أمر بقلعها، خلافاً لأبي حنيفة.

ـ فإن زرع في الأرض المغصوبة زرعاً: فإن أخذها صاحبها في إبان الزراعة، فهو مخير بين أن يقلع الزرع، أو يتركه للزارع، ويأخذ الكراء. وإن أخذها بعد إبان الزراعة، فقيل: هو مخير كما ذكر، وقيل: ليس له قلعه، وله الكراء، ويكون الزرع لزارعه.

والظاهر هو الرأي الأول، لقوله ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق»[1]

---

(1) رواه أبو داود الدارقطني عن عروة بن الزبير.

وقوله: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»[1].

والأرض ملك صاحبها، والأصل بقاء ملكه عليها[2] فكل من غرس أو بنى بأرض غيره، أمر بقلعه، إلا أن يريد إعطاء القيمة مقلوعاً.

تصرف الغاصب في المغصوب:

يمنع الغاصب من التصرف في المغصوب برهن أو كفالة، خشية ضياع حق المالك، ولا يجوز لمن وهب له منه شيء قبوله ولا الأكل منه ولا السكنى فيه، كأيّ شيء حرام.

لكن لو تلف المغصوب عند الغاصب أو استهلكه فله الانتفاع به، لأنه وجبت عليه قيمته في ذمته، فقد أفتى بعض المحققين بجواز الشراء من لحم الأغنام المغصوبة إذا باعها الغاصب للجزارين، فذبحوها، لأنه بذبحها ترتبت القيمة في ذمة الغاصب، لكن من اتقاه فقد استبرأ لدينه وعرضه، ومعنى هذا أن الغاصب يمتلك بالضمان الشيء المغصوب من يوم التلف.

ودليلهم: أن النَّبي ﷺ أضافه قوم من الأنصار في بيوتهم، فقدّموا له شاة مصلية ـ مشوية ـ فتناول منها لقمة، فجعل يمضغها ولا يسيغها، فقال عليه السلام: إن هذه الشاة لتخبرني أنها أخذت بغير حق، فقالوا: يا رسول الله: هي لجار لنا، ونحن نرضيه من ثمنها، فقال النبي ﷺ: أطعموها الأسارى[3]. ولولا أن الملك حصل لهم، لأمر بردها إلى مالكها.

---

(1) رواه أحمد وأصحاب السنن الأربعة.

(2) الذخيرة 14/9.

(3) رواه أحمد، وأبو داود، والدارقطني عن رجل من الأنصار، قال ابن المديني: هذا الحديث مرسل.

نقصان المغصوب:

إذا نقص المغصوب عند الغاصب، فصاحبه بالخيار بين أن يأخذ قيمته يوم الغصب، ويتركه للغاصب، وبين أن يأخذه ويأخذ قيمة النقص، إن كان من فعل الغاصب، وإن كان من فعل الله، لم يأخذ قيمة النقص.

زيادة المغصوب أو نماؤه[1]:

ـ إن كانت زيادة المغصوب بفعل الله تعالى، كالصغير يكبر، والهزيل يسمن، أو العيب يذهب، فهي من حق المالك المغصوب منه، لأنه عين ماله، ولم يتجدد للغاصب فيه سبب يوجب التضمين ولا التمليك.

ـ وإن كانت الزيادة بفعل الغاصب، فإما أن تكون الإضافة لعين قائمة كالصبغ ونقض البنيان، وإما أن تكون الإضافة بسبب العمل كالخياطة والنسج وطحن الحنطة، والعمل بالخشبة أبواباً.

ففي الحالة الأولى إذا تمكن الغاصب من إعادة الشيء على حاله أعاده، وللمغصوب منه إعطاؤه قيمة ما له فيه من الأنقاض مقلوعاً مطروحاً بالأرض بعد حسم أجر القلع.

وأما إذا تعذر إعادة الشيء على حاله كثوب وجلد يدبغه، وسَويق (دقيق) يلتّه، فالمغصوب منه بالخيار بين أن يدفع قيمة الصبغ وما أشبهه، ويأخذ ثوبه، وبين أن يضمِّن الغاصب قيمة الثوب يوم غصبه، إلا في السويق الذي يلتّه بالسمن وما أشبه ذلك من الطعام، فلا يخير فيه، لما يدخله من الرّبا، فيلزم الغاصب بالمثل في المثليات، والقيمة في القيميات.

---

(1) المقدمات الممهدات 493/2 وما بعدها.

وفي الحالة الثانية بسبب الإضافة بالعمل: فإن كان الشيء المضاف يسيراً كخياطة الثوب أو الرفولة، فلا حق فيه للغاصب، ويأخذ المغصوب منه الشيء المغصوب معمولاً، وأما إذا كان العمل كثيراً، ينتقل به الشيء عن ذلك الاسم كعمل الخشبة تابوتاً أو أبواباً، أو طحن الحنطة أو نسج الغزل، أو صوغ الفضة حلياً، أو ضربها دراهم ونحو ذلك، فيلزم الغاصب قيمة الشيء المغصوب يوم غصبه، أو مثله فيما له مثل.

ضمان المغصوب:

الغاصب ضامن لما اغتصب بوضع يده عليه، وإن تلف بأمر سماوي أو من مخلوق، إذا قصد غصب الرقبة، خلافاً لأبي حنيفة، في قوله: إن الغاصب لا يضمن الدار إذا اغتصبها، فانهدمت.

اختلاف الغاصب والمغصوب في أحوال الغصب: إن اختلف الغاصب والمغصوب منه في جنس المغصوب أو صفته أو قدره، ولم يكن لأحدهما بينة، فالقول قول الغاصب، مع يمينه.

المبحث الثاني ـ التعدي:

تعريفه، وأنواعه، وحكم كلّ نوع. وبحثه عقب الغصب، لأن في كل منهما تصرفاً في الشيء بغير إذن صاحبه.

تعريف التعدي: التعدي: هو غصب المنفعة لا الذات، أوالجناية على جزء الذات، كالجناية على يد أو رجل أو عين أو على كلّ الذات، بلا نية تملك لها، كحرقها أو قتلها أو كسرها أو حبسها، ومنه تعدي المكتري أو المستعير المسافة المشترطة، بلا إذن، وذهابه في طريق غير المأذون فيها، وعُدَّ ذلك تعدياً على الدابة لأن المقصود بالتعدي: الركوب والاستعمال الذي هو المنفعة، والذات تابعة، لا مقصودة بالتعدي.

وقال ابن عرفة: التعدي: هو التصرف في شيء بغيرإذن ربه، دون قصد تملكه وهو أعم من الغصب، لأن التعدي يكون في الأموال والفروج والنفوس والأبدان، والتعدي في النفوس والأبدان يبحث في باب الدماء والقصاص.

ومحل البحث هنا التعدي في الأموال وفي الفروج.

أما التعدي في الأموال: فهو أربعة أنواع:

الأول ـ أخذ الرقبة: أي: ذات الشيء وهو الغصب.

الثاني ـ أخذ المنفعة دون الرقبة: وهو نوع من الغصب، يجب فيه الكراء مطلقاً.

الثالث ـ الاستهلاك: بإتلاف الشيء كقتل الحيوان، أو تحريق الثوب كله أو تخريقه، وقطع الشجر، وكسر الزجاج، وإتلاف الطعام والنقود وشبه ذلك.

ويجري مجراه التسبب في التلف، كمن فتح حانوتاً لرجل، وتركه مفتوحاً فسرق، أو فتح قفص طائر فطار، أو حل رباط دابة فهربت، أو أوقد ناراً في يوم ريح فأحرقت شيئاً، أو حفر بئراً تعدياً، فسقط فيه إنسان أو بهيمة، أو مزّق وثيقة فضاع ما فيها من الحقوق.

فمن فعل شيئاً من ذلك، فهو ضامن لما استهلكه، أو أتلفه، أو تسبب في إتلافه، سواء فعل ذلك كله عمداً أو خطأً.

الرابع ـ الإفساد، وهو على نوعين:

أحدهما: أن يُذهب المنفعة المقصودة من الشيء، كمن قطع يد دابة أو رجلها، فيخير صاحبها بين أن يأخذ قيمة ما نقصه ذلك الفساد، أو يسلمه للمفسد، ويأخذ قيمته منه كاملة.

والآخر: أن يكون الفساد يسيراً، فيصلحه من أفسده، ويأخذ صاحبه قيمة ما نقص، كثقب الثوب ونحوه.

ضمان الصبي: هذه الأحكام السابقة للمكلف(البالغ العاقل) فإن كان غير بالغ فيضمن أو يغرم ما أتلفه إن كان له مال، حتى ولو كان غير مميز، فإن لم يكن له مال، اتّبع به.

جناية البهيمة: ما أفسدت الدواب: إن كان لها راكب أو سائق أو قائد، فهو ضامن لما تفسده في النفوس والأموال.

وما أفسدت المواشي من الزرع والشجر، فإن كان بالليل فضمانه على أرباب المواشي، وإن كان بالنهار فلاضمان عليهم، إلا إن فرطوا في حفظها، ولم يمنعوها من الزرع. والضمان في ذلك على الراعي لا على صاحب المواشي.

والدليل: أن ناقة البراء بن عازب دخلت حائطاً (بستاناً) فأفسدت فيه فقضى نبي الله ﷺ أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار، وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها[1].

وما أتلفت المواشي سوى الزرع والثمار. من النفوس والأموال، فلا شيء فيه، لقوله ﷺ: «العجماء جُرْحها جُبَار»[2] أي: هدر.

طرح حمولة المركب: إذا خيف على المركب الغرق، جاز طرح ما فيه من المتاع، أذن أربابه أو لم يأذنوا، إذا رجي بذلك نجاته، وكان المطروح بينهم على قدر أموالهم، ولا غرم على من طرحه.

تصادم المركبين: إذا اصطدم مركبان في جريهما، فانكسر أحدهماأو كلاهما، فلا ضمان في ذلك.

وأما التعدي في الفروج: فحرام موجب للضمان والحد.

فمن اغتصب امرأة وزنى بها، فعليه حدّ الزنا، وعليه صداق مثلها،

---

(1) رواه أحمد، وأبو داود، وابن ماجه، عن حِرام بن محيّصة.

(2) رواه الجماعة من حديث أبي هريرة.

إذا ثبت ذلك باعتراف أو بمعاينة أربعة شهود، أو ادعت ذلك مع قيام البينة.

فإن ادعت عليه أنه استكرهها، وأنكر هو، ولم يكن لها بينة، فلا يجب عليه حد الزنا. وهل يجب عليها حد القذف أو حد الزنا؟ فيه تفصيل:

أ ـ إن ادعت ذلك على رجل صالح، حدت حد القذف، وحدت حد الزنا لاعترافها على نفسها.

ب ـ وإن ادعت ذلك على رجل متهم بالزنا، فليس عليها حد قذف ولا حد زنا.

جـ ـ وإن ادعت ذلك على مجهول الحال، استحلف، فإن نكل عن اليمين، حلفت هي، وأخذت صداقها.

* * *

الفَصلُ التَّاسِعُ عَشَر
القِسمَة

تعريفها، ومشروعيتها، وأركانها، وأنواعها، وصفتها، وأحكامها(1).

تعريف القسمة ومشروعيتها:

القسمة لغة: هي إفراز النصيب، واصطلاحاً: هي تعيين نصيب كلّ شريك من الشركاء، في مشاع (عقار أو غيره) ولو كان التعيين باختصاص تصرف فما عيّن له، مع بقاء الشركة في الذات. كأن يختص كلّ بدابة من الدواب المشتركة أو بجهة من الدار مع كونها بينهم. وهذا التعريف يشمل أنواع القسمة الثلاثة: قسمة المهايأة، وقسمة المراضاة، وقسمة القرعة، أو قسمة الرقاب وقسمة المنافع.

وهي مشروعة لقوله تعالى في قسمة التركة: ﴿ وَإِذَا حَضَرَ ٱلْقِسْمَةَ أُوْلُواْ ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَـٰمَىٰ وَٱلْمَسَـٰكِينُ فَٱرْزُقُوهُم مِّنْهُ وَقُولُواْ لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا ﴾ [النساء: 8] وقوله سبحانه في قسمة الغنائم: ﴿ ۞ وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ. . . ﴾ [الأنفال: 41] الآية.

وقوله عز وجل في قسمة المهايأة: ﴿ وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ ٱلْمَآءَ قِسْمَةٌۢ بَيْنَهُمْ كُلُّ شِرْبٍ مُّحْتَضَرٌ ﴾ [القمر: 28].

---

(1) الذخيرة 183/7 - 260، الشرح الصغير 659/3 - 680، الشرح الكبير 498/3 -517، القوانين الفقهية: ص284 - 286، بداية المجتهد 261/2 - 268.

وثبت في السنّة النبوية: أن النّبي ﷺ قسم غنائم خيبر وحنين بين الغانمين، وقسم المواريث[1]، مما يدل على الإباحة.

وقال ﷺ: «أيّما دار أو أرض قسمت في الجاهلية، فهي على قَسْم الجاهلية، وأيما دار أو أرض أدركها الإسلام، فهي على قسم الإسلام»[2].

أركانها:

تحدث القسمة بتوافر عناصرها أو أركانها الثلاثة: وهي القاسم والمقسوم، وفعل القسمة.

أما القاسم: فهو الشريك، سواء كان حاضراً، أو غائباً وقسم الحاكم عليه حصته.

وأما المقسوم: فهو الشيء المشترك، من عقار: أرض أو دار، أو منقول: عروض، وأمتعة، وثياب، ودواب، ونحوها.

وأما فعل القسمة: فهو إجراء القسمة بفعل معين، بواسطة القاسم، الشريك أو غيره، أو هو الفعل الذي يحصل به الإفراز والتمييز بين الأنصباء، مثل الكيل أوالزرع أوالعدّ.

أنواعها:

القسمة قسمان: قسمة الرقاب وقسمة المنافع.

1 ـ أما قسمة الرقاب: أو الأعيان والذوات: فهي نوعان: قسمة قرعة، وقسمة مراضاة.

أما قسمة القرعة: فهي تمييز حق في مشاع بين الشركاء، لا بيع،

---

(1) انظر نصب الراية 178/4.

(2) رواه مالك في الموطأ.

فيرد فيها بالغبن إذا ظهر، ولا بد فيها من مقوّم، ويجبر عليها من أباها فيما يحتمل القسمة، ولا تكون إلا فيما تماثل أو تجانس، ولا يجوز فيها الجمع بين حظ اثنين.

فلا تجوز في المكيل والموزون، ولا في الأجناس المختلفة الأصناف، أي المتباينة، وتجوز في الديار إذا تقاربت أماكنها، واستوت الرغبة فيها، ولا يجمع فيها بين دار وبستان، ولا بين طيب ورديء في الأرضين وغيرها.

وصفة القرعة: أن تكتب أسماء الشركاء في رقاع، وتجعل في وعاء، ثم تخرج أول رقعة من الأسماء، ثم أول رقعة من المواضع، فيعطى من خرج نصيبه في ذلك الموضع، وذلك بعد أن تقسم الفريضة، وتقوّم الأملاك المقسومة، ثم تقسم قيمتها على سهام الفريضة.

وأما قسمة المراضاة: فهي أن يتراضى الشريكان على أن كل واحد يأخذ شيئاً، مما هو مشترك بين الشريكين، ويرضى به بلا قرعة، وهي كالبيع، فمن رضي بشيء منه، ملك ذاته، وليس له رده إلا بتراضيهما كالإقالة، ولا رد فيها بالغبن و إلا إذا أدخلا بينهما مقوماً، وتصح في متحد الجنس كالثياب، أو في مختلف الجنس كثوب وسيارة.

وهي إما أن تتم بعد تقويم وتعديل، وإما بلا تقويم ولا تعديل.

فإن تمت بعد تقويم وتعديل: فلا يجبر عليها من أباها، ويتم الرد فيها بالغبن، لدخول كل واحد من المتقاسمين على قيمة مقدرة، وتقع بين الأجناس والأصناف، والمكيل والموزون.

وإن تمت بلا تقويم ولا تعديل: فحكمها حكم المراضاة بعد التقويم والتعديل. إلا في الرد بالغبن، فلا يرد فيها بالغبن.

2 ـ وأما قسمة المنافع أو المهايأة: فهي اختصاص كل شريك عن شريكه بمنفعة شيء متحد أو متعدد. ولا تجوز بالقرعة، ولا يجبر عليه

من أباها، خلافاً لأبي حنيفة، وهي نوعان:

أ ـ قسمة في الأعيان: مثل أن يسكن أحدهما داراً، ويسكن الآخر أخرى، أو يركب أحدهما فرساً، والآخر أخرى. وهي المهايأة المكانية.

ب ـ وقسمة بالأزمان وهي المهايأة الزمانية: مثل أن يسكن أحدهما الدار شهراً، ويسكن الآخر شهراً آخر.

صفتها:

قسمة المنافع أو المهايأة لازمة كالإجارة. وقسمة المراضاة في الذات: وهي التي تتم بلا قرعة لازمة أيضاً كالبيع بالاتفاق. وقسمة القرعة: تمييز حق في مشاع بين الشركاء، لا بيع، فيرد فيها بالغبن، ولا بد فيها من مقوِّم، ويجبر عليها من أباها، ولا تكون إلا فيما تماثل أو تجانس، ولا يجوز الجمع بين حظ اثنين، ويلزم ماخرج بها، فلا تفسخ.

أحكام القسمة: للقسمة أحكام بحسب نوعها، وهي ما يأتي:

1 ـ **الإجبار على القسمة:** إن كان الشيء المشترك مما يحتمل القسمة بلا ضرر، كالأرضين وغيرها، فأراد أحد الورثة القسمة، وأباها بعضهم، أجبر من أبى على القسمة.

وإن كان مما لا يقسم كنخلة، ودابة، ودار صغيرة، وحمام، أجبر على بيع حظه، ثم يقتسمون الثمن.

وتقسم المثليات كالنقود والحبوب والقطن والحديد بالعدد أو الوزن، ولا يحتاج لقرعة، ويقسم العقار والمقوَّم بالقيمة، لا بالمساحة، ولا بالعدد.

2 ـ **أجرة القسام:** أجرة القسام على عدد الرؤوس، لا على مقدار السهام، وكذلك أجرة كاتب الوثيقة، وأجرة كنس مراحيض الديار.

ويكفي قاسم واحد، لأن طريقه الإخبار كالقائف والطبيب والمفتي، بخلاف المقوِّم للمتلفات، فلا بد من التعدد، لأنه يترتب على تقويمه قطع أو غرم.

ويكره أخذ الأجرة ممن قسم لهم، لأنه ليس من مكارم الأخلاق ولا شأن الناس. ويمنع الأخذ على القسمة إن كان للقاسم رزق من بيت المال.

3 ـ **قسمة الزرع**: لا تجوز قسمة الزرع حتى يحصد، ويدرس، ويصفى من التبن.

4 ـ **قسمة الأرض المزروعة أو المشجرة**: لا تجوز قسمة الأرض التي فيها زرع، والشجر التي فيها ثمر، حتى يطيب الزرع والثمر، بشرط أن تقع القسمة في الأصول، لا في الزورع ولا في الثمار.

5 ـ **القسمة عن الغير**: يَقْسِم عن المحجور لصغر أو سفه أو جنون وليُّه، ويقسم عن الغائب وكيله إن كان له وكيل، أو القاضي إن لم يكن له وكيل، ولا يقسم عنه الأب، إذا لم يكن وكيلاً عنه، ولا ذو الشرطة من الأمراء، ولا الأخ أو العم إذا كان في رعايته صغير، بلا وصاية من أبيه، بخلاف ملتقط الصغير، فإنه يقسم عنه من يربيه، مادام محجوراً في كنفه.

6 ـ **فسخ القسمة**: القسمة من العقود اللازمة، لا يجوز للمتقاسمين نقضها ولا الرجوع فيها، إلا بالطوارىء عليها، والطوارىء ثلاثة: غبن، أو وجود عيب، أو استحقاق.

أما الغبن: فلا يوجب الفسخ إلا في قسمة القرعة بالاتفاق في المذهب.

وأما الرد بالعيب: فإن كان فاحشاً تفسخ القسمة، وتعود الشركة إلى أصلها.

وحكم الاستحقاق: حكم وجود العيب إن كان المستحق كثيراً، وأما طروء الدَّين على التركة بعد القسمة فتنتقض به القسمة إلا أن يتفق الورثة على أن يعطوا الدَّين من عندهم.

وأما طروء الوارث على التركة بعد القسمة، أو طروء الوصية: فلا تنقض به القسمة، ويأخذ المستحق من كل واحد حظه، إن كان ذلك مكيلاً أو موزوناً، وأما إن كان حيواناً أو عروضاً تجارية، فتنتقض به القسمة.

* * *

الفَصلُ العِشرُون

الشُّفْعَـة

تعريفها ومشروعيتها، وأركانها وشروطها، وأحكامها، ومسقطاتها[1].

تعريف الشّفعة ومشروعيتها:

الشفعة لغة: من الشفع بمعنى الضم أو الزيادة والتقوية، واصطلاحاً: استحقاق الشريك أخذ ما عاوض به شريكه، من عقار، بثمنه أو قيمته، بصيغة، فهي تثبت للشريك لا للجار، إذا تصرف شريكه بالبيع، لا بالهبة والصدقة والوصية بحصة، في العقار، لا في غيره من المنقولات كالحيوان والعروض التجارية، فلا شفعة فيها، وتؤخذ بالثمن الذي وقع به البيع، كما هو الغالب، أو بقيمة الشيء التي تقع المعاوضة فيها بعوض، كالخلع والنكاح، والمراد بالصيغة: ما يدل على الأخذ.

وهي مشروعة بالسّنة النبوية، منها حديث جابر: «قضى رسول الله ﷺ عليه وسلم بالشفعة فيما لم يُقْسَم، فإذا وقعت الحدود وصُرِّفت الطرق، فلا شفعة»[2].

---

(1) الذخيرة 261/7 - 385، الشرح الكبير 473/3 - 498، الشرح الصغير 629/3 - 657 القوانين الفقهية: ص 286 - 287، بداية المجتهد 253/2 - 261.

(2) رواه أحمد والبخاري وأبو داود وابن ماجه.

ومنها حديث مسلم: «الشفعة في كل شِرْك لم يقسم، رَبْع أو حائط[1] لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإذا شاء أخذ، وإن شاء ترك، فإن باع ولم يؤذنه فهو أحق»[2]. فهي حق ثابت للشفيع: الشريك قبل البيع.

أركانها: أربعة وهي الآخذ، والمأخوذ، والمأخوذ منه، وما به الأخذ.

وأما الآخذ: وهو الشفيع: فهو كل شريك في الملك، مسلماً كان أو ذمياً، لعموم النصوص المتقدمة، في رأي الجمهور، غير أحمد، الذي أخذ بحديث: «لا شفعة لنصراني»[3]، وبقوله تعالى: ﴿ وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾ [النساء: 141] وشفعته سبيل.

وأما المأخوذ وهو المشفوع فيه: فهو العقار، ولا شفعة في المنقول، أي: في غير الدور والأرضين، والنخل والشجر، وما يتصل بذلك من بناء أو ثمرة، ولا شفعة في دَيْن، ولا حيوان، ولا بَزّ (قماش) ولا طعام، ولا عرض ولا غيره، انقسم أم لا.

وأما المأخوذ منه وهو مشتري العقار المشفوع عليه: فهو كل من تجدد ملكه اللازم باختياره، بعقد شراء صحيح، ولا تؤخذ من المشتري شراء فاسداً، لأن عقده يفسخ.

وأما ما به الأخذ أو الصيغة: فهو قول الشفيع: أخذت، ويملك الآخذ الشُّقْص بأحد أمور ثلاثة:

1 ـ حكم حاكم بعد ثبوت البيع عنده.

---

(1) الرَّبْع: المنزل، والحائط: البستان.

(2) رواه أيضاً أبو داود، والترمذي، والنسائي، عن جابر بن عبد الله مرفوعاً.

(3) رواه الدارقطني في العلل، والبيهقي في السنن الكبرى، وهو ضعيف.

2 ـ أو دفع ثمن أو قيمة الشيء لمشتريه.

3 ـ أو إشهاد بالأخذ بشفعته، ولو في غيبة المشتري.

فإذا لم يوجد واحد من هذه الثلاثة، لم يدخل المشفوع فيه(الشقص) في ملك الشفيع، وليس له أن يتصرف فيه بوجه من وجوه الملك.

ويلزمه الأخذ: إن قال أخذت(بالماضي، لا بالمضارع ولا باسم الفاعل: آخذ) وعَرَف الثمن، فإن لم يعرفه لا يلزمه الأخذ، وإن كان صحيحاً.

ويلزم المشتري تسليم المشفوع فيه (الشقص) إن قال الشفيع: أخذت، فإن عجل الشفيع الثمن أخذه قهراً عن المشتري، وإن لم يعجله أسقط الحاكم الشفعة.

وإن قال الشفيع: أنا آخذ (بالمضارع أو باسم الفاعل) أُجِّل ثلاثة أيام لإحضار النقود، فإن أتى بها فله، وإلا سقطت شفعته.

شروطها:

تجب الشفعة بخمسة شروط:

الأول: أن تكون في العقار كالدور، والأرضين، والبساتين، والبئر، والشجر ومنها النخل، فلا شفعة في غير ذلك كالحيوان والعروض عند الجمهور إلا تبعاً لغيره، ولا شفعة في ساحة الدار وهي المسماة بالحوش، ولا ممر(طريق إلى ساحة الدار)، ولا شفعة في بيع فاسد.

الثاني: أن تكون في مشاع لم ينقسم: فإن قسم فلا شفعة.

الثالث: أن يكون الشفيع شريكاً: فلا شفعة لجار خلافاً لأبي حنيفة.

الرابع: ألا يظهر من الشفيع مايدل على إسقاط الشفعة من قول أو فعل أو سكوت مدة عام فأكثر، مع علمه وحضوره.

فإن كان غائباً ولم يعلم، لم تسقط شفعته اتفاقاً، وإن علم وهو غائب، لم تسقط أيضاً، خلافاً لقوم.

وتسقط الشفعة إذا أسقطها بعد الشراء، ولا تسقط إن أسقطهاقبل الشراء.

وكذلك تسقط إذا ساوم المشتري في المشفوع فيه(الشقص) أو اكتراه منه، وسكت، حتى أحدث فيه غرساً أو بناء.

الخامس: أن يكون المشفوع فيه قد صار ملكاً للمشتري بمعاوضة، كالبيع والمهر والخلع والصلح عن الدم. فإن صار له بميراث فلا شفعة فيه اتفاقاً. ولا شفعة أيضاً فيما صار له بطريق الهبة والصدقة والوصية بشقص(حصة العقار).

ويأخذ الشفيع الشيء المشفوع فيه بالثمن الذي صار به للمشفوع عليه، فإن كان حالاً على المشفوع عليه، حلّ على الشفيع. وإن كان مؤجلاً على المشفوع عليه، أجّل على الشفيع.

وإن لم يأخذه المشفوع عليه بثمن معلوم، كدفعه في مهر أو صلح، أخذه الشفيع بقيمته.

أحكام بعض المسائل:

1 ـ إذا وجبت الشفعة لجماعة، اقتسموا المشفوع فيه على قدر حصصهم (أو حظوظهم وأنصبائهم) لا بعدد الرؤوس، وعند أبي حنيفة: على قدر رؤوسهم.

2 ـ الشفعة موروثة، خلافاً لأبي حنيفة.

3 ـ يستحق الذمي الشفعة كالمسلم، خلافاً للإمام أحمد.

4 ـ يشفع أصحاب الفروض (أو ذوو السهام) فيما باعه العصبة ولا يشفع العصبة فيما باعه أصحاب الفروض.

5 ـ من وجبت له شفعة على اثنين: لم يكن له أن يشفع على أحدهما دون الآخر.

6 ـ إذا كان للمشتري حصة في المشترى من قبل الشراء، فله أن يحاص الشفيع في حصته تلك.

7 ـ إذا حبس المشتري الشقص المشترى، أو وهبه، أو أوصى به، أو أقال في بيعه، بطل ذلك كله إن قام الشفيع بالشفعة.

8 ـ إذا بيع الشقص (الحصة) مراراً، فللشفيع أن يأخذ بأي الصفقات شاء، ويبطل ما بعدها، لا ما قبلها.

مسقطات الشفعة: تسقط الشفعة بما يأتي:

1 ـ الترك بصريح القول أو الإسقاط: بأن يقول الشفيع بعد البيع: تركت الشفعة أو أسقطتها، وهذا تسليم للشفعة صراحة.

2 ـ الترك أو الإعراض دلالة أو ضمناً، كالمقاسمة: بأن يقاسم الشفيع المشتري، أو يطلب القسمة ولم يقسم بالفعل، فتسقط شفعته، وشراء الشفيع الشقص من المشتري، ومساومة الشفيع المشتري، ولو لم يشتر بالفعل، لأن مساومته دليل على إعراضه عن الأخذ بالشفعة، واستئجار الشفيع الحصة من المشتري، وبيع الشفيع حصته، لأن الشفعة شرعت لدفع الضرر، وقد انتفى الضرر بالبيع، وسكوت الشفيع عن المطالبة بالشفعة، مع علمه أو رؤيته المشتري يهدم ويبني ويغرس، ولو للإصلاح، لأن سكوته دليل على إعراضه عن أخذه بها، وهذا ما يعرف بتسليم الشفعة دلالة، أي: التنازل عنها.

3 ـ السكوت عن المطالبة بلا مانع، سنة كاملة بعد العقد لا أقل من السنة، حتى ولو حضر العقد، وشهد على وثيقة البيع على الأرجح، كأن علم ببيع شريكه، فغاب بعد علمه، فتسقط شفعته إن مضت سنة لا أقل، إلا أن يظن الأوبة، أي: الرجوع قبل السنة، فعاقه أمر قهراً عنه، فإنه يبقى على شفعته، ولو طال الزمن، إن شهدت بينة بعذره، أو قامت

القرينة على ذلك، ويصدق الشفيع الحاضر زمن البيع إن أنكر العلم بالبيع.

ولا تسقط الشفعة: إن غاب الشفيع قبل علمه بالبيع، أو لم يعلم وهو حاضر، أو أسقط الشفيع شفعته لكذب في مقدار الثمن أو في الشقص المبيع، بأن قيل له: بِيَع بعشرة، فتبين بخمسة، أو باع بعضه، فأسقط، فتبين أنه باع الكل، فله القيام بشفعته، أو لكذب في انفراد المبيع أو تعدده، فتبين العكس، أو لإسقاط الأب شفعة ابنه القاصر أو إسقاط وصي اليتيم شفعة اليتيم، بلا نظر فيها.

والشفيع يطالب بالشفعة أوالترك بعدالشراء لا قبله.

وللمشتري أن يستعجل الشفيع بالأخذ أو الترك بعد الشراء، إن قصد الشفيع تروياً في الأخذ وعدمه، أو قصد النظر والتأمل في المشترَى ليعلم حقيقته، ويكون الاستعجال عند الحاكم.

* * *

الفَصلُ الحَادِي وَالعِشرُون

اللُّقَطة واللَّقيط

وفيه مبحثان: الأول في اللقطة، والثاني في اللقيط(1).

المبحث الأول ـ اللقطة:

معناها، وحكم الالتقاط، والشيء الملتقَط، وضمان اللقطة، وتعريفها بالإعلان عنها، ومن ندفع له، وحكم تملكها.

معنى اللقطة: اللُّقْطة بالسكون لغة: ما يلتقط. وبفتح العين: الفاعل الذي يقع منه الفعل كثيراً، مثل ضُحكة وهُمَزة ولُمَزة.

واصطلاحاً: مال معصوم عَرَض للضياع، وإن كان ـ أي: المال المعصوم ـ كلباً مأذوناً فيه وفرساً وحماراً. والمعصوم: هو المحترم شرعاً وهو ملك غير الحربي، فخرج به: مال الحربي والرِّكاز. وعرض للضياع، أي: تعرض أو عرض الضياع له بأن وجد في مضيعة، سواء في غامر، أي: فلاة من الأرض، أو عامر: وهو ضد الخراب، خرج به: ما كان بيد حافظ ولو حكماً، بأن وضعه صاحبه بمكان ليرجع إليه، وخرج به أيضاً الإبل، لأنها لا يخشى عليها الضياع، وليس من مال المعصوم: الكلب غير المأذون فيه.

---

(1) الذخيرة 88/9 - 136، الشرح الكبير 117/4 - 129، الشرح الصغير 165/4 - 184، القوانين الفقهية: 342 - 344، بداية المجتهد 299/2 - 305.

والالتقاط: هو أخذ مال ضائع ليعرّفه سنة، ثم يتصدق به أو يتملكه إن لم يظهر مالكه، بشرط الضمان إذا ظهر المالك.

والالتقاط: ليس بواجب، ويجب إن كانت اللقطة بين قوم غير مأمونين، فيجب أخذ المال المعصوم الضائع، لخوف من خائن، لو تركه، مع علم الملتقط بأمانة نفسه، لوجوب حفظ مال الغير حينئذ.

أما إن علم الملتقط خيانة نفسه، فيحرم أخذه، ولو خاف خائناً، فإن لم يخف خائناً، وشك في أمانته فهو مكروه اتفاقاً. والكراهة مطلقاً ولو علم أمانة نفسه، هي حكم الالتقاط العام.

وعلى هذا تكون الحرمة في صورة: وهي ما إذا لم يخف الخائن، وعلم خيانة نفسه، والكراهة في صورتين، وهما: ما إذا لم يخف الخائن، وشك في أمانة نفسه، أو علم أمانتها، والوجوب في صورة: وهي ما إذا خاف خائناً.

الشيء الملتقط: هو كلّ مال معصوم، معرض للضياع، سواء كان في موضع عامر (غير خرب) أو غامر (فلاة من الأرض) وسواء كان حيواناً أو جماداً، لكن إن كان من ضوالّ الحيوان، وكان من الإبل، ووجد في الصحراء، لم يلتقط. وإن كان من الغنم التقطه.

ودليل التفرقة: «أن رجلاً سأل النّبي ﷺ عن ضالّة الإبل، فقال: مالك ولها، دعها، فإن معها حذاءها وسقاءها[1]، ترد الماء، وتأكل الشجر حتى يجدها ربها، وسأله عن الشاة، فقال: خذها، فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب»[2].

واختلف في التقاط البقر، والخيل، والبغال، والحمير.

---

(1) الحذاء: الخف، والسقاء: الجوف.

(2) متفق عليه بين أحمد والشيخين.

والأفضل والأحسن ترك الالتقاط عموماً من غير تفصيل، لقوله ﷺ: «لا يؤوي الضالة إلا ضالّ»[1].

وقوله: «إن ضالة المسلم حرَق النار»[2].

ضمان اللقطة: اللقطة أمانة، ويستحب الإشهاد على الالتقاط، وضمانها يحتاج لتفصيل على ثلاثة أوجه:

الأول ـ أن أخذها واجدها على وجه الالتقاط، لزمه حفظها وتعريفها، فإن ردها لموضعها ضمنها عند ابن القاسم، خلافاً لأشهب.

والثاني ـ إن أخذها على وجه الاغتيال أو الاستباحة والتملك، فهو غاصب ضامن.

والثالث ـ إن أخذها ليحفظها لمالكها أو ليتأملها، فهو أمين، ولا ضمان عليه، إن ردها لموضعها.

والراجح أنه يضمنها إن ردها لموضعها بعد أخذها للحفظ والتعريف، سواء ردها بَعْد بُعْد أو قرب.

ولا يعرف الوجه الذي قصد بأخذها إلا من قوله، وهو مصدق دون يمين، إلا إن يتهم، وسواء أشهد حين التقطها أو لم يشهد.

كيفية تعريف اللقطة:

تعرَّف اللقطة بحسب أقسامها الخمسة التالية:

الأول ـ اليسير جداً كالتمرة ودون الدرهم الشرعي، وعصا وسوط، ولواجده أن يأكله أو يتصدق به دون حاجة إلى تعريف أو إعلان.

الثاني ـ اليسير الذي ينتفع به، ويمكن أن يطلبه صاحبه، فيجب أن

---

(1) وفي لفظ: «لا يأوي» رواه أحمد، وأبو داود، وابن ماجه.

(2) رواه الطبراني في معجمه الكبير، عن عصمة، وفيه أحمد بن راشد، وهو ضعيف.

يعرِّف اتفاقاً. ومدة التعريف مختلف فيها، فقيل: سنة كالذي له بال، وقيل: أياماً.

الثالث ـ الكثير الذي له بال، فيجب تعريفه سنة باتفاق العلماء، وينادى عليه في أبواب المساجد دُبُر الصلوات، وفي المواضع التي يجتمع إليها وحيث يظن أن صاحبه هنالك.

ولا يعرّفها في داخل المسجد، وإنما خارجه في كلّ يومين أو ثلاثة: مرة بنفسه أو بمن يثق به لأمانته، ولا ضمان عليه إن دفعها الأمين يعرّفها أو يعرفها غيره بأجرة منها، إن كان من أهل الهيئات، وإلا ضمن كما لو تراخى في التعريف حتى هلكت.

ويجوز أن يدفعها إلى الإمام ليعرفها إن كان عدلاً.

وإن وجدت اللقطة بين بلدين، عرفها بالبلدين، لاحتمال طلبها فيهما، ولا يذكر المعرّف جنسها من ذهب أو فضة أو ثوب أو نحو ذلك، بل بوصف عام، كأمانة أو مال أو شيء، لاحتمال ذكر وعائها ووكائها إن كان من الحذاق، باعتبار العادة.

الرابع ـ مالا يبقى بيد الملتقط كالطعام الرطب، أو يخشى عليه التلف، كالشاة في مفازة، فيجوز لمن وجدها أن يأكلها غنياً أو فقيراً، أو يتصدق بها. واختلف في ضمانه، فقيل: يضمنه، سواء أكله أو تصدق به، وقيل: لا يضمن فيهما، والأرجح أنه يضمنه لصاحبه، وأن للملتقط أن يأكل ما يحتمل فساده لو تركه، كثريد ولحم وفاكهة وخضر، بخلاف التمر والزبيب مما لا يفسد، فليس له أكله، وله أكل شاة وبقرة في محل خوف، ولا ضمان عليه، فإن أكلها في محل مأمون ضمنها، وأما الإبل فتترك وجوباً مطلقاً بالصحراء أو العمران.

الخامس ـ ما لا يخشى عليه التلف، ويبقى بيد ملتقطه كالإبل، فلا تؤخذ، وإن أخذت، عرّف بها.

من تدفع له اللقطة ؟ :

إن جاء صاحبها، وأقام عليها بينة، دفعت له اتفاقاً. وإن عرف عِفاصها (وعاءها) ووكاءها(رباطها)[1] وعددها، دفعت إليه، وليس عليه أن يقيم البينة عليها.

تملك اللقطة :

إذا عرّف الملتقط اللقطة سنة، فلم يأت صاحبها، فهو مخير بين ثلاثة أشياء، إما أن يمسكها في يده، أمانة لعله أن يظهر صاحبها، أو يتصدق بها عن صاحبها أو عن نفسه، أو يتملكها بأن ينوي تملكها، وينتفع بها، ويضمنها في جميع الأحوال. وفي لقطة مكة للملتقط أيضاً أحد هذه الأمور.

المبحث الثاني ـ اللقيط: حقيقته وأحكامه.

اللقيط لغة: ما يلقط، أي: يرفع من الأرض، واصطلاحاً: هو الطفل المنبوذ.

والتقاطه: فرض كفاية، إلا إذا خاف هلاكه، ففرض عين. فمن وجده، وخاف عليه الهلاك إن تركه، لزمه أخذه، ولم يحل له تركه. ومن أخذه بنية أنه يربيه، لم يحل له رده. وأما إن أخذه بنيّة أن يدفعه إلى السلطان، فلا شيء عليه في رده إلى موضع أخذه، إن كان موضعاً لا يخاف عليه فيه الهلاك، لكثرة الناس.

واللقيط حر، وولاؤه للمسلمين، ولا يختص به الملتقط إلا بتخصيص الإمام، فإذا مات ولم يعلم له وارث، فماله للمسلمين، أي: لبيت المال لا لملتقطه.

---

(1) العفاص: ما تشد به من خرقة أو نحوها. والوكاء: ما تشد به من خيط ونحوه.

ويحكم بإسلامه إن وجد في بلد المسلمين، ولو لم يكن فيها إلا بيت واحد من المسلمين، والتقطه مسلم، فإن التقطه كافر فهو كافر، وكذا يحكم بكفره إن وجد في قرية كفر، وإن التقطه مسلم، تغليباً للدار، حيث لم يكن بها بيت للمسلمين، وأما البلد الذي كثرت فيه بيوت المسلمين، فيحكم بإسلام اللقيط، ولو التقطه كافر.

ولا يلحق اللقيط بملتقط أو غيره إلا ببينة تشهد بأنه ابنه، ولا يكفي قول البينة: إنه ضاع له ولد، أو إلا إذا ذُكر وجه يفيد صدق المدعي، كمن عرف أنه لا يعيش له ولد، فزعم أنه ولده، وإنما طرحه لما سمع قول الناس: إن الجنين إذا طرح يعيش، أو إنه طرحه لغلاء، أو خوف عليه من شيء بيّنه، يدل على صدقه، فيلحق بصاحب الوجه المدعي أنه ولده.

وينزع لقيط محكوم بإسلامه، من كافر التقطه.

ونفقة اللقيط في ماله: وهو ما وقف على اللقطاء، أو وهب لهم، أو وجد معهم.

فإن لم يكن له مال، فنفقته على بيت المال، إلا أن يتبرع أحد بالانفاق عليه، ومن أنفق عليه حِسْبة، لم يرجع عليه بنفقته.

* * *

